

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO, DESENVOLVIMENTO URBANO E MEIO-AMBIENTE

**LIMITES CONSTITUCIONAIS À INTERVENÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO
URBANO**

ÉDSON CARVALHO

Itajaí-SC, outubro de 2019.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**LIMITES CONSTITUCIONAIS À INTERVENÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO
URBANO**

ÉDSON CARVALHO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Gilson Jacobsen

Itajaí-SC, outubro de 2019.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao apoio incondicional da minha esposa Denize Heiderscheidt Carvalho, que esteve ao meu lado incentivando, discutindo assuntos trabalhados nesta dissertação e suprimindo as minhas ausências familiares em momento importante.

Agradeço aos queridos amigos Thiago e Evita Peron, pelo apoio, incentivo e vibração por cada etapa vencida.

Agradeço aos amigos Alexandre Waltrick e Rafael Burlani pela leitura e sugestões apresentadas, visando ao aperfeiçoamento da pesquisa.

Agradeço ao apoio de Alceu de Oliveira Pinto Júnior e de Helena Nastassya Pascoal Pítsica, que foi fundamental para que eu pudesse concluir este trabalho.

Agradeço especialmente ao meu orientador, prof. Dr. Gilson Jacobsen, que além do incentivo e presteza, me guiou em momentos delicados da pesquisa. Além disso, agradeço pela liberdade a mim conferida e pelo respeito pelas posições assumidas no trabalho, e que não se alinhavam no todo ao seu pensamento.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à Denize Heiderscheidt Carvalho, minha amada esposa que há 17 anos caminha ao meu lado, me amparando e conduzindo nos momentos difíceis, me auxiliando a superar os meus limites e sendo o meu esteio.

Dedico também aos meus filhos Arthur e Pedro, que desde que nasceram convivem com os pais estudando diariamente. Sem a compreensão de vocês, esta etapa não teria sido concluída.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

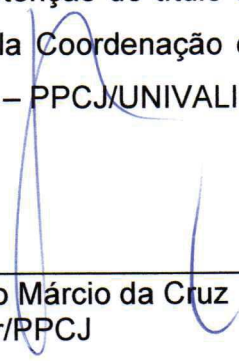
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, outubro de 2019.

Édson Carvalho

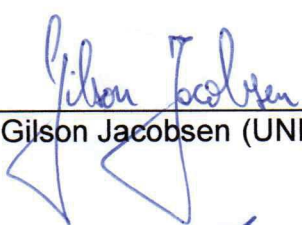
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

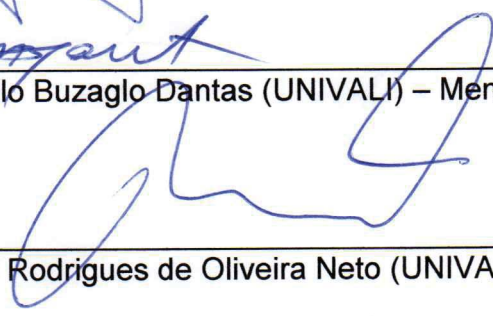
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) - Presidente



Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI) – Membro



Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 30 de outubro de 2019

ROL DE CATEGORIAS

Ativismo judicial: “Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”¹

Democracia cooperativa: “[...] a democracia deliberativa possui um momento comunicativo que é fundamental. Em seu cerne, está a idéia de ‘interação comunicativa’, a qual tem lugar quando os participantes ‘coordenam seus planos de ação’ com o objetivo de se ‘entenderem sobre algo no mundo’, em especial, sobre o que corresponde, em uma dada situação, ao ‘bem-comum’. Essa interação comunicativa só se realiza na prática se os participantes da comunicação se autocompreenderem como ‘dignos de igual respeito e consideração’ e se a comunidade política assim os trata, demonstrando deferência por todos os projetos pessoais de vida, por todas as doutrinas abrangentes razoáveis e por todas as identidades coletivas. Vale dizer: somente uma comunidade que as respeita pode, em um contexto de pluralismo, generalizar o sentimento de que há um ‘nós’, o sentimento de pertencimento a uma comunidade política, que é fundamental para a cooperação democrática’.”²

Desenvolvimento urbano sustentável: “O desenvolvimento sustentável, explicitado no art. 225 da Constituição e nos princípios inscritos no *caput* do art. 170 [...] enseja claramente a necessidade de se procurar um equilíbrio ou harmonia entre os fatores sociais, ambientais e econômicos, ao exigir-lhes proporção adequada e racional, sempre em busca da qualidade de vida, principalmente no ambiente urbano, que o homem moderno escolheu para seu habitat e nele viver e desenvolver-se.”³

¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

² NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 159.

³ MILARÉ, Édis. **Direito do ambientes: A gestão ambiental em foco**. 7. ed. rev., atual. e reform.

Intervenção judicial: “O princípio da inafastabilidade do controle judicial posta-se como uma liberdade pública subjetiva, genérica, cívica, abstrata e incondicionada, conferida às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, sem distinções ou retaliações de nenhuma espécie.”⁴

Normas constitucionais: “As normas integradas na Constituição formal distinguem-se das demais expressões do direito por sua posição hierárquica superior. O predicado da primazia de que se revestem ‘é pressuposto da função como ordem jurídica fundamental da comunidade’. Elas não têm a sua validade aferida pela sua compatibilidade com uma outra norma jurídica que lhe esteja acima em uma escala hierárquica, como acontece com o restante das normas dos demais ramos do Direito.”⁵

Princípios constitucionais: “Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”⁶

Regras constitucionais: “Regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”⁷

Estado Democrático de Direito: “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como no Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se

São Paulo: RT, 2011. p. 651.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 611.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65-66.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 91.

do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.”⁸

⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 98.

SUMÁRIO

RESUMO.....	11
RESUMEN	13
INTRODUÇÃO	15
1 A NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO URBANÍSTICO	21
1.1 A FORMAÇÃO DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL	24
1.1.1 A classificação das normas constitucionais de Jorge Miranda	25
1.1.2 O ordenamento constitucional na teoria de JJ Gomes Canotilho.....	33
1.1.3 As normas jurídicas na teoria de Ronald Dworkin	40
1.1.4 As normas jurídicas na teoria de Robert Alexy	51
1.1.5 A natureza jurídica das normas constitucionais urbanísticas.....	62
2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL	75
2.1 A ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA URBANÍSTICA	77
2.1.1 Distribuição de competências normativas	83
2.1.2 A atribuição constitucional de competência material	88
2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO URBANO.....	88
2.2.1 Cidades vivas e as políticas públicas em rede	101
2.2.2 O plano diretor como instrumento de desenvolvimento urbano	110
2.3 O PODER JUDICIÁRIO COMO GUARDIÃO DAS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE	115
3 LIMITES À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO URBANO	122
3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A INTERVENÇÃO JUDICIAL	123
3.2. O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO	131
3.3 O PODER JUDICIÁRIO E SUAS CRISES	142

3.4 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	150
3.4.1 Os limites decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais	151
3.4.2 Os limites decorrentes das normas definidoras de competências.....	161
3.4.3 Os limites decorrentes da complexidade das políticas públicas.....	168
CONSIDERAÇÕES FINAIS	173
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	180

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio-Ambiente. A Constituição da República definiu as bases normativas para o desenvolvimento de políticas de desenvolvimento urbano sustentável, a serem executadas pelos Municípios observando as diretrizes gerais fixadas pela União. No Estado Social de Direito, ao Poder Judiciário ficou reservada a competência para controlar os atos dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo ele acusado de praticar ativismo judicial sempre que atua ativamente na promoção de direitos. Compreendido o desenvolvimento urbano sustentável como direito fundamental, o Poder Judiciário está legitimado a controlar e avaliar a legitimidade das políticas públicas, tendo por parâmetro o texto constitucional. A tensão que surge na relação entre o Judiciário, de um lado, e os Poderes Legislativo e Executivo, do outro, no exercício de suas atribuições constitucionais, exige a demarcação do âmbito de atuação legítima de cada um dos Poderes da República em matéria de desenvolvimento urbano. O **objetivo** deste trabalho foi identificar os limites impostos à intervenção do Poder Judiciário nas políticas de desenvolvimento urbano, demarcados pela Constituição da República. Foram definidas duas **hipóteses**. A primeira hipótese indica a existência de limites explícitos e implícitos, decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais e das normas definidoras das competências legislativas e administrativas, qualificadas pelo princípio democrático. A segunda hipótese, reconhecendo a legitimidade judicial para rever as políticas públicas, aponta a inexistência de limites à atuação do Poder Judiciário. No desenvolvimento do trabalho foi adotado o **método** de abordagem indutivo, com pesquisa à doutrina, aos precedentes judiciais e à legislação. No primeiro capítulo foi definida a natureza jurídica das normas constitucionais de desenvolvimento urbano, utilizando como base a teoria de Alexy. No segundo capítulo foram investigadas as atividades desenvolvidas na formulação de políticas públicas e as normas constitucionais atributivas de competências legislativas e administrativas em matéria de desenvolvimento urbano, identificando-se competências expressas e competências implícitas. No terceiro capítulo foram

definidas as bases da teoria do ativismo judicial a partir da Separação dos Poderes no Brasil, e investigados os limites à intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano. O **resultado** da pesquisa concluiu que além dos limites decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais, há limites decorrentes das normas definidoras de competências e outros decorrentes da complexidade que envolve a formulação e a execução das políticas públicas de desenvolvimento urbano sustentável, confirmando a primeira hipótese.

Palavras-chave: Princípios jurídicos. Regras jurídicas. Competências constitucionais. Ativismo judicial. Políticas Públicas.

RESUMEN

La presente disertación está incluida en la línea de investigación Derecho, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente. La Constitución de la República ha definido las bases normativas para el desarrollo de políticas de desarrollo urbano y sustentable, ejecutadas por los Ayuntamientos considerando las directrices generales establecidas por la Unión. En el Estado Social de Derecho al Poder Judicial, se ha reservado la competencia para el control de los actos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, siendo él acusado de practicar activismo judicial siempre que actúa activamente en la promoción de los derechos. Comprendido el desarrollo urbano sustentable como derecho fundamental, el Poder Judicial está legitimado al control y a evaluar la legitimidad de las políticas públicas, teniendo por parámetros el texto constitucional. La tensión que surge en la relación entre el Judicial de un lado y los Poderes Legislativo y Ejecutivo de otro en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, exige la demarcación en el ámbito de actuación legítima de cada uno de los Poderes de la República en relación al desarrollo urbano. El **objetivo** de este trabajo fue identificar los límites impuestos a la intervención del Poder Judicial en las políticas de desarrollo urbano, demarcados por la Constitución de la República. Fueron definidas dos **hipótesis**. La primera hipótesis indica la existencia de límites explícitos e implícitos derivadas de la naturaleza jurídica de las normas constitucionales y de las normas definidoras de las competencias legislativa y administrativa guiadas por los principios democráticos. La segunda hipótesis, reconociendo la legitimidad judicial para revisar las políticas públicas, apunta la inexistencia de los límites a la actuación del Poder Judicial. En la elaboración del trabajo el **método** empleado fue el enfoque inductivo, con investigación a la doctrina, a los precedentes judiciales y a la legislación. En el primer capítulo fue definido la naturaleza jurídica de las normas constitucionales de desarrollo urbano, utilizando como base la teoría de Alexy. En el segundo capítulo fueron investigadas las actividades desarrolladas en la formulación de políticas públicas y las normas constitucionales atributivas de competencias legislativas y administrativas en relación al desarrollo urbano, identificándose competencias expresas y

competencias implícitas. En el tercer capítulo fueron definidas las bases de la teoría del activismo a partir de la separación de los Poderes en Brasil e investigados en los límites de la intervención del Poder Judicial en políticas de desarrollo urbano. El **resultado** de la investigación concluyó que más allá de los límites derivados de la naturaleza jurídica de las normas constitucionales, hay límites oriundos de las normas definidoras de competencias y otros debidos a la complejidad que abarca la formulación y la ejecución de las políticas públicas de desarrollo urbano sustentable, confirmando la primera hipótesis.

Palabras clave: Principios jurídicos. Reglas jurídicas. Competencias Constitucionales. Activismo Judicial. Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

O advento do Estado Social de Direito implementou as competências estatais que passaram a abarcar, além dos direitos de primeira geração, gestados no período anterior à Revolução Francesa para justificar a ideia de limitação do Poder Soberano, outros direitos que ultrapassam o âmbito individual.

Esses novos direitos exigem ações estatais, como condição indispensável à sua fruição pelos cidadãos. Sendo mediados pelo Direito e a cargo dos Poderes Legislativo, que positiva as obrigações estatais, e Executivo, responsável pela efetivação desses direitos, as promessas constitucionais não cumpridas abrem as portas de acesso ao Poder Judiciário.

A tensão gerada nesse embate pela efetivação de direitos sociais coloca frente a frente o Poder Judiciário, guardião da Constituição e responsável por assegurar o respeito e a promoção dos direitos fundamentais, e os Poderes Legislativo e Executivo, responsáveis, respectivamente, pela regulação das disposições constitucionais carentes de densificação normativa e pela prática de atos materiais voltados ao atendimento das necessidades públicas.

No Estado Social o Poder Judiciário deixa de ser a boca que pronuncia a lei, esta entendida como o produto da vontade da maioria, para atuar contramajoritariamente, em respeito à Constituição, que deixa de ser apenas documento político para se tornar o projeto político-jurídico fundante do Estado Democrático de Direito.

A relação que se estabelece entre os Poderes do Estado a partir do modelo social assegura ao cidadão a possibilidade de exigir o cumprimento das obrigações assumidas no plano normativo, por meio da atuação do Poder Judiciário, a quem cabe garantir a supremacia constitucional.

Se num primeiro momento os direitos fundamentais eram apenas aqueles decorrentes do direito positivo, atualmente esta concepção não se coaduna com a

função por eles exercida. Esta circunstância levou Alexy a reconhecer a existência de normas de direitos fundamentais atribuídas, que considera justamente a sua fundamentalidade para a realização de direitos fundamentais positivados na ordem constitucional.

Nesse contexto, o desenvolvimento urbano sustentável emerge como direito fundamental de caráter transindividual, pois é nas cidades que os projetos do homem social se realizam.

A Constituição da República definiu as bases normativas para a formulação de políticas de desenvolvimento urbano sustentável, a serem executadas pelos municípios, que devem observar as diretrizes gerais fixadas pela União.

Ao estabelecer as diretrizes gerais, a União deverá observar o espaço reservado pela Constituição para atuação normativa dos municípios, voltada ao atendimento de suas peculiaridades. Os municípios, por sua vez, ao formularem as políticas públicas de desenvolvimento urbano, devem considerar a exigência de crescimento sustentável das cidades.

O descumprimento das prescrições constitucionais garantidoras do desenvolvimento urbano sustentável legitima a deflagração dos mecanismos de controle jurisdicional, visando à verificação da efetiva formulação da política pública reclamada pela Constituição, bem como a sua eficiência e legitimidade.

No exercício de suas atribuições, o Poder Judiciário retira a sua legitimidade diretamente do texto constitucional, projeto político-jurídico fruto do exercício do poder constituinte originário, que reservou a ele a primazia na resolução de conflitos.

O imbricamento das questões políticas e jurídicas, realizado pela Constituição da República, acarretou o fenômeno denominado judicialização da política, sendo o Poder Judiciário acusado de praticar ativismo judicial ao reconhecer e promover os direitos fundamentais. Imputa-se ao Judiciário o exercício de suas competências para além dos limites fixados constitucionalmente, acarretando a

usurpação de competências legislativas e administrativas para fazer prevalecer a vontade do juiz, em detrimento da vontade democrática.

Se assim é, então o Poder Judiciário, guardião do ordenamento jurídico, estaria desnaturando o Estado Democrático de Direito, visto que as concepções subjetivas dos magistrados estariam se sobrepondo à objetividade jurídica.

A Constituição, projeto político-jurídico fundante do Estado, dentre outras funções, estrutura seus órgãos de soberania, estabelecendo as competências de cada um deles, além de criar mecanismos norteadores das relações entre os Poderes do Estado, viabilizando o exercício autônomo de suas funções ao mesmo tempo em que viabiliza o mutuo controle. Coube ao Poder Judiciário a competência para syndicar em última instância os atos lesivos a direitos fundamentais.

Os movimentos sociais conseguiram inserir na Constituição da República normas que versam sobre o desenvolvimento urbano, qualificado pela sustentabilidade.

É nas cidades que os projetos do homem social encontram condições para potencializar suas realizações individuais e coletivas, exigindo do Poder Público planejamento e políticas públicas aptas a viabilizar a inserção de todos ao meio urbano. Diante da sua fundamentalidade para a realização da dignidade humana, dentre outros direitos fundamentais, o desenvolvimento urbano sustentável é um direito fundamental atribuído, segundo a teoria das de normas jurídicas de Alexy.

A inexistência de políticas públicas aptas a promover o desenvolvimento urbano, ou a existência de políticas públicas insuficientes ou inaptas ao cumprimento das prescrições constitucionais, desafiam a atuação do Poder Judiciário para obrigar os Poderes Legislativo e Executivo a agirem, legislando ou implementando políticas públicas, ou ainda corrigindo ilegalidades.

A atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito acarreta críticas em decorrência da atuação contramajoritária dos juízes e Tribunais. Atribui-se ao Poder Judiciário a prática de ativismo judicial, em sua acepção negativa, quando, ao realizar direitos fundamentais mediante a aplicação das normas

constitucionais, anula atos emanados do Legislativo e do Executivo.

É neste contexto que surge a necessidade de estabelecer os limites de atuação do Poder Judiciário em políticas públicas de desenvolvimento urbano, previstas explicita ou implicitamente na Constituição, como condição necessária para legitimar suas decisões nesta área, como também para preservar o âmbito de atuação democrática dos demais órgãos da soberania.

Diante desse quadro, para o presente trabalho foi estabelecido como objetivo investigatório geral a contribuição para o debate jurídico sobre a legitimidade da intervenção judicial em políticas públicas voltadas ao desenvolvimento urbano sustentável, mediante a identificação de eventuais limites, explícitos ou implícitos, decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais que disciplinam o desenvolvimento urbano e das que definem as competências dos órgãos do Estado, preservando os espaços democráticos.

O primeiro objetivo investigatório específico consiste na fixação da natureza jurídica das normas constitucionais que estabelecem o quadro normativo dentro do qual deverá ser promovido o desenvolvimento urbano sustentável, de modo a apurar se o Poder Judiciário deve respeitar as opções do constituinte originário ou se ele possui liberdade conformadora assegurada pelo texto constitucional.

O segundo objetivo investigatório específico consiste no estabelecimento dos critérios constitucionais de atribuição das competências legislativas e administrativas, incluindo a formulação e a execução de políticas públicas.

O terceiro objetivo investigatório específico é a identificação dos possíveis limites constitucionais impostos à atuação do Poder Judiciário em políticas públicas de desenvolvimento urbano, decorrentes da natureza das normas constitucionais urbanísticas e das normas atributivas de competências.

A pesquisa se norteará por duas hipóteses:

A primeira hipótese aponta a existência de limites constitucionais à

intervenção do Poder Judiciário nas políticas de desenvolvimento urbano, decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais urbanísticas, bem como das normas constitucionais atributivas de competências, as quais preservam o espaço de atuação dos órgãos representativos.

A segunda hipótese pressupõe que o Poder Judiciário está legitimado constitucionalmente a intervir em qualquer assunto quando haja ameaça ou lesão a direito fundamental, não havendo limites explícitos ou implícitos estabelecidos na Constituição.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses serão expostos na presente dissertação ao longo de três capítulos, de forma sintetizada, da seguinte forma.

No primeiro capítulo serão avaliadas as tipologias das normas constitucionais nas teorias de Miranda, Canotilho, Dworkin e de Alexy, com o objetivo de definir aquela que será utilizada como base para o estabelecimento da natureza jurídicas das normas constitucionais urbanísticas, constantes no Título VII, Capítulo II, do texto constitucional.

No segundo capítulo serão analisadas as normas constitucionais atributivas de competências legislativas e administrativas em matéria urbanística, e investigadas as atividades desempenhadas pelo poder público ao formular políticas públicas. Será avaliado, também, se há a necessidade de as políticas públicas de desenvolvimento urbano se articularem com outras políticas públicas, bem como as consequências práticas daí decorrentes.

No terceiro capítulo será analisada a Separação dos Poderes na forma em que aparece no sistema constitucional brasileiro, e as bases teóricas do ativismo judicial, visando à identificação dos critérios utilizados para que se possa apurar, na prática, quando o Poder Judiciário pratica ativismo judicial no Brasil. Ao final, tendo por base as premissas teóricas fixadas, será investigada a existência de limites à intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano, confrontando as hipóteses estabelecidas para esta pesquisa.

Nas considerações finais ao presente relatório de pesquisa, serão apresentados aspectos destacados da dissertação e as reflexões sobre a intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano.

CAPÍTULO 1

A NATUREZA JURÍDICAS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO URBANÍSTICO

A vida do homem em sociedades organizadas fez surgir conflitos que se tornaram complexos ao longo da história. Essa complexidade se reflete nos Estados atuais e, especialmente, no ordenamento jurídico¹.

O Direito, possuindo a pretensão de regular a conduta humana, se vale de três modalidades deônticas possíveis, tornando obrigatória determinada conduta, proibindo-a ou permitindo-a. As diversas normas² que integram um ordenamento jurídico devem apresentar determinadas características para que se possa afirmar existir efetivamente um ordenamento³. De igual forma, exige-se o seu adequado estudo para que se possam estabelecer as consequências jurídicas decorrentes das suas relações internas e da sua interpretação.

O ordenamento jurídico é formado por normas jurídicas provenientes de

¹ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. tomo II. 6. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 262, que evidencia ser o Direito fruto da convivência social do homem. A convivência em sociedade a torna complexa e essa complexidade repercute do ordenamento jurídico, tornando-o mutável e impossível a sua identificação com as normas estabelecidas pelos órgãos de poder. Nesse sentido, afirma o autor que “Inerente ao homem, condição e expressão da sua experiência convivencial, o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos mutáveis, constantemente publicados e revogados pelos órgãos de poder. Mesmo para quem não adira às escolas institucionalistas ou às estruturalistas, forçoso se torna reconhecer existir algo de específico e de permanente no sistema que permite (e só isso permite) explicar e fundar a validade e a efectividade de todas e cada uma das suas normas”.

² O termo norma, aqui empregado, deve ser entendido como sinônimo de ato normativo emanado do Poder Público. Esta advertência se faz necessária para evitar confusões, já que norma pode ser entendida, também, como o resultado da interpretação de textos normativos, ou seja, como o produto da interpretação. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 278-279. “Portanto, a partir dessa (nova) hermenêutica, vigência e validade (de um texto) não podem mais ser entendidos de forma entificativa, isto é, *não é mais possível pensar na equiparação entre vigência e validade, como se a vigência fosse o ente, e a validade, o seu ser*. Tampouco o texto será equiparado à norma. Não! A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o *plus* que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, *o texto não subsiste separadamente da norma*, d’onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma com a necessária *diferença* (que é ontológica) entre ambos [...]”.

³ Cf. a esse respeito BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014. p. 45-47.

diversas fontes. Para Bobbio, fontes do direito “são aqueles fatos e aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”⁴, não interessando para uma teoria do ordenamento jurídico a enumeração de suas fontes, mas sim o fato de que o próprio ordenamento jurídico, além de regular condutas, regula a produção normativa, ou seja, estabelece os parâmetros que devem ser observados para a produção de normas jurídicas.

O ordenamento jurídico brasileiro, partindo das ideias de Bobbio, é classificado como complexo⁵, pois a produção normativa não está centralizada em um único órgão estatal. Várias são as instituições das quais emanam regras jurídicas⁶.

A complexidade das relações jurídicas, que demandam novas disciplinas normativas, torna inviável a normatização de todos os casos de forma exauriente pelo Poder Legislativo. Além das várias matérias que exigem atenção do legislador, impende destacar que grande parte delas exige alto conhecimento técnico no seu trato. Desta forma, o legislador ver-se-ia frente à necessidade de regular um caso com grandes minúcias e que exigiria revisão em breve tempo, haja vista que os avanços tecnológicos tornam inadequadas as disciplinas normativas muito rapidamente, o que justifica, por exemplo, a atribuição de competência normativa a entes públicos⁷.

Para a formação do ordenamento jurídico são utilizados dois expedientes:

a) a recepção, que considera a consonância de normas produzidas sob a égide de

⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 55.

⁵ A classificação em **ordenamento jurídico simples** e **ordenamento jurídico complexo**, leva em consideração a fonte da qual emana a norma jurídica. Se for uma só a produzir norma jurídica, estar-se-á frente a um ordenamento jurídico simples. Ao contrário, se várias forem as fontes produtoras, o ordenamento jurídico será classificado como **complexo**. Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 56-57.

⁶ A complexidade do ordenamento jurídico encontra na Constituição o seu elemento unificador do sistema, através dos princípios da constitucionalidade e, em uma perspectiva mais ampla, da conformidade. Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 2. reimpr. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1152. “[...] Por outro lado, a constituição garante a tendencial unidade não como ‘norma de centro’ ou ‘norma dirigente fundamental do Estado’ mas como *elemento de justiça do político*, ou seja, como *quadro moral e racional* do discurso político conformador da ordem normativo-constitucional através de um conjunto de princípios e regras incorporadores de ‘valores básicos’ do ordenamento jurídico [...]”.

⁷ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 483 e seguintes.

constituição anterior com a atual disciplina constitucional e que, por isso, continua a produzir efeitos⁸; e, b) a delegação, que significa a atribuição de competência normativa a poderes ou órgãos inferiores⁹.

Com o advento de uma nova constituição, as normas jurídicas produzidas sob a égide do texto constitucional revogado continuam produzindo efeitos, mas agora sob a vigência do novo texto constitucional, e desde que haja compatibilidade material entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição¹⁰.

Esse expediente permite o aproveitamento de toda a legislação produzida anteriormente, sem que haja a necessidade de se disciplinar todas as matérias carentes de legislação desde o início, o que se mostraria inviável sob o ponto de vista prático.

Para saber se uma norma produzida anteriormente ao texto constitucional em vigor foi recepcionada pela novel Constituição, deve-se proceder àquilo que Streck denomina de filtragem constitucional¹¹, por meio da qual se apurará a existência de compatibilidade material entre a legislação ordinária e a Constituição.

Sendo materialmente compatível com o texto constitucional em vigor, o direito pré-constitucional continua produzindo efeitos jurídicos válidos, mudando apenas o seu fundamento de validade, que deixa de ser a Constituição que vigia ao tempo em que ele foi editado e passa a ser a nova Constituição.

Neste capítulo pretende-se identificar a teoria que melhor se adequa à realidade brasileira sobre a classificação das normas constitucionais e, a partir da

⁸ Deve-se atentar para o fato de que a recepção não diz respeito apenas às normas produzidas pelo aparato estatal. A recepção, segundo a classificação das fontes de BOBBIO, também pode considerar o costume como fonte reconhecida do Direito. Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 50-51.

⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 50. Para a presente pesquisa, importa analisar apenas o instituto da recepção.

¹⁰ Nesse sentido, Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171, em cuja nota de rodapé nº 77 destaca que “Do ponto de vista *formal*, inexistente inconstitucionalidade superveniente. Do ângulo *material*, a lei anterior incompatível terá sido revogada”.

¹¹ “Além disso, o papel de filtragem constitucional, a ser realizado no plano da jurisdição constitucional, pode representar a revogação de toda a legislação anterior incompatível com o novo texto constitucional e sua principiologia [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 45.

base teórica escolhida, definir a natureza jurídica das normas constitucionais que dispõem sobre as políticas de desenvolvimento urbano, como condição para se investigar as circunstâncias e os limites de intervenção do Poder Judiciário neste assunto.

Para o cumprimento destes objetivos, serão analisadas as proposições teóricas de Miranda, Canotilho, Dworkin e Alexy.

1.1 A FORMAÇÃO DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

Ao se falar de um ordenamento deve-se pressupor a presença de determinadas características sem as quais o que existe é um mero conjunto de normas jurídicas.

Para Bobbio, a relação entre as normas jurídicas é marcada por tensões, pois “se um ordenamento jurídico é composto de várias normas, disso advém que os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que nascem das relações das diversas normas entre si”¹².

A estruturação do ordenamento jurídico conta com a contribuição dos poderes constituídos incumbidos da produção legislativa, e também do homem enquanto ser social. As suas experiências, anseios e perspectivas, bem como as normas sociais, condicionam a produção normativa pelos órgãos estatais. Os valores dominantes na comunidade, fruto das relações humanas, perpassa todo o direito constitucional permeando o seu texto com os desejos e projetos da sociedade. É nesse contexto que Miranda deve ser compreendido ao afirmar que o Direito Constitucional tem muito sobre o homem¹³.

Apesar da multiplicidade de espécies normativas que integram um ordenamento complexo, abrangendo desde os atos expedidos pelos entes políticos

¹² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 47.

¹³ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 261-262.

incumbidos da produção normativa até os atos infralegais editados por entidades públicas as mais diversas, bem como os atos privados produzidos de acordo com o ordenamento jurídico e que, por isso, são normas jurídicas, interessa para o presente trabalho a análise das normas constitucionais.

1.1.1 A classificação das normas constitucionais de Jorge Miranda

Miranda divide as normas que compõem o ordenamento jurídico em normas-princípios e normas-regras. Cada um desses conjuntos de normas possui características, funções e efeitos que lhes são próprios.

Quanto aos princípios, sua estrutura normativa¹⁴ permite ao autor apontá-los como fundamento do ordenamento constitucional. São eles que viabilizam a comunicação entre a sociedade e o texto constitucional, aquela gestando valores que serão incorporados por este, expressa ou implicitamente. Sua função ordenadora se mostra mais evidente e importante em momentos de crise, quando são a eles que se recorre para solucionar problemas jurídico-políticos.

No processo de concretização das normas, os princípios transformam a complexidade desestruturada do ambiente em complexidades estruturáveis do ponto de vista normativo-jurídico, tornando viável a regulação das situações fáticas disciplinadas no plano normativo¹⁵.

¹⁴ “A doutrina tem assinalado, de diferentes ângulos e com diversos acentos tónicos, as seguintes características dos princípios: a) A maior aproximação da ideia de Direito ou dos valores do ordenamento; b) A amplitude ou a maior generalidade frente às normas-regras; c) A irradiação ou projecção para um número vasto de regras ou preceitos, correspondentes a hipóteses de sensível heterogeneidade; d) A adstrição a fins, e não a meios ou à regulação de comportamentos; e) A versatilidade, a susceptibilidade de conteúdos com densificações variáveis ao longo dos tempos e das circunstâncias; f) A abertura, sem pretensão de regulamentação exaustiva ou em plenitude, de todos os casos; g) A expansibilidade perante situações ou factos novos, sem os absorver ou neles se esgotar; h) A virtualidade de harmonização, sem revogações ou invalidação recíproca; i) A virtualidade de oferecer critérios de solução a uma pluralidade de problemas”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 265.

¹⁵ Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. XIX.

Os princípios exercem função imediata, ao conformarem as relações político-constitucionais. Com efeito, os princípios possuem normatividade, disso decorrendo sua aptidão para condicionar o exercício do poder e garantir a observância de direitos¹⁶.

Lanzillo e Guimarães atribuem aos princípios funções sociais, identificadas em dois planos:

Diante desta perspectiva sociológica levantada, tratamos neste trabalho dos princípios como componentes de uma espécie de jurisdição, que, no dizer de François Ewald, poderíamos chamar de direito social. Sendo uma forma de se operar a jurisdição no mundo moderno, torna-se mais apropriado em falar de funções sociais do princípio. Embora consignando funções, e não a função, podemos dividir essas funções sociais em dois blocos: funções internas, que servem para mediar a ação/discurso entre os profissionais do direito; funções externas, que mediam a comunicação entre o sistema jurídico, juristas e sociedade¹⁷.

Para Miranda, os princípios também exercem função mediata, nos planos integrativo, construtivo e prospectivo do direito.

As normas jurídicas (normas-princípios e normas-regras, na classificação de Miranda), estão mutuamente implicadas. Elas se relacionam entre si e acabam afetando umas às outras, exigindo como condição para sua correta aplicação a consideração, pelo intérprete aplicador, dessa relação interna. As normas-princípios funcionam como amálgama do sistema, conferindo-lhe coerência.

As normas jurídicas podem ser classificadas a partir dos mais variados critérios. Para Miranda, as normas-princípios são classificadas em princípios constitucionais substantivos, os quais espelham os valores básicos que identificam as constituições materiais, e em princípios adjetivos ou instrumentais, de alcance técnico e complementar aos primeiros, exercendo função dinamizadora das disposições no seu conjunto¹⁸.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 267.

¹⁷ LANZILLO, Anderson Souza da Silva; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Apontamentos sobre função social dos princípios. **FIDES**. Natal, v. 4, n. 2, jul/dez 2013, 101.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 269.

Os princípios básicos de uma constituição material – os princípios substantivos –, são subdivididos em princípios axiológicos fundamentais e em princípios político-constitucionais os quais, ao lado dos princípios constitucionais instrumentais, formam os três grandes grupos que agregam as normas-princípios na classificação de Miranda¹⁹.

A proximidade dessa concepção de princípios com os valores compartilhados em determinada sociedade, os quais são positivados no plano constitucional, parece evidente. Em certa medida, são os princípios que permitem a comunicação entre os planos fático e normativo, viabilizando a captação dos anseios da sociedade e os transformando em normas jurídicas²⁰.

Os princípios axiológicos fundamentais garantem a identidade da constituição e servem de limites materiais transcendentais ao exercício do poder constituinte²¹. Disso decorre que, conquanto não encontre limites jurídicos formais decorrentes de um texto legal, ao ser exercido o poder constituinte originário deve-se observar referidos princípios, que refletem as decisões fundamentais plasmadas no seio da comunidade.

No mesmo sentido é o pensamento de Streck:

Os limites implícitos decorrem do núcleo político da Constituição, das conexões de sentido da Constituição entendida a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. A materialidade da Constituição, compreendida a partir de sua principiologia, em que o núcleo essencial está assentado nos direitos fundamentais, na noção de Estado Social e na democracia, assim como a obrigação do cumprimento das promessas da modernidade, será o limite material/implícito do poder de reforma constitucional. Por isso, Jorge Miranda acentua que as cláusulas pétreas da Constituição não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas,

¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 270.

²⁰ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.159. Ao definir as características do sistema jurídico, o autor afirma: “[...] (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça [...]”.

²¹ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 270. O autor cita como exemplos de princípios desta categoria “a proibição de discriminações, a inviolabilidade da vida humana, a integridade moral e física das pessoas, a não retroactividade da lei penal incriminadora, o direito de defesa dos acusados, a liberdade de religião e de convicções, a dignidade social do trabalho”, dentre outros, todos reconduzíveis à dignidade da pessoa humana.

sim, dos dispositivos constantes no texto, não podendo estes ser esvaziados por uma reforma constitucional²².

Os princípios axiológicos fundamentais, pela sua própria natureza, dão sustentação aos direitos fundamentais com inspiração jusnaturalista, funcionando como ponte de passagem do direito natural para o direito positivo, para utilizar a expressão empregada por Miranda.

Além dos direitos fundamentais positivados, Marmelstein reconhece a existência de valores importantes em uma sociedade, os quais mantêm íntima ligação com a dignidade humana e com a limitação do poder, mas que por algum motivo ainda não foram positivados. Esses valores ético-políticos não positivados se encontram em estágio pré-positivo e acima do direito positivo, com conteúdo muito semelhante ao direito natural²³.

Os princípios político-constitucionais correspondem aos limites imanentes ao poder constituinte, estabelecendo as condições e o alcance da revisão constitucional e aos princípios que lhes sejam conexos²⁴.

Enquanto os princípios axiológicos fundamentais decorrem das concepções sociais e do percurso histórico de cada sociedade, possuindo conteúdo valorativo, os princípios político-constitucionais são fruto das opções políticas fundamentais do poder constituinte originário, condicionadas por aqueles e funcionando como instrumentos de proteção dos valores mais caros à sociedade.

Os princípios constitucionais adjetivos ou instrumentais constituem o núcleo de estruturação e de racionalidade do sistema constitucional,

²² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, p. 817-818.

²³ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23.

²⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 270. São citados como exemplo de desta categoria “os princípios do Estado de Direito, com os seus subprincípios – proporcionalidade, segurança jurídica, constitucionalidade e legalidade; e o princípio democrático, o princípio representativo, o princípio republicano, o da maioria, o da separação dos órgãos do poder, o da subordinação do poder económico ao poder político”. Streck aponta a existência de três categorias de limitações, sendo elas: formais, circunstanciais e materiais. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, p. 817.

operacionalizando a interpretação e aplicação das normas constitucionais²⁵.

Há mútua implicação entre as normas jurídicas em geral, ocorrendo o mesmo em relação aos princípios. Por isso, não é possível compreender a classificação acima, assim como qualquer outra que possa ser estabelecida, como o resultado da separação de cada conjunto de normas-princípio. Aliás, a mútua implicação das normas jurídicas que compõem um sistema normativo, incluindo os princípios, é requisito essencial para que se possa falar em ordenamento normativo.

O outro conjunto de normas apresentado por Miranda é composto pelas normas-regras constitucionais, distribuídas em quatro grandes grupos. O primeiro grupo contém as normas constitucionais materiais ou de fundo, as normas constitucionais orgânicas ou organizativas e as normas constitucionais procedimentais ou de forma²⁶.

As normas-regras constitucionais materiais ou de fundo são aquelas que disciplinam as relações entre o Estado e a sociedade, destacando-se dentre elas as que dispõem sobre direitos fundamentais. Os direitos fundamentais disciplinados na forma de normas-regras possuem vinculação maior que aqueles disciplinados por meio de princípios, por conterem comandos específicos que vinculam direta e imediatamente os poderes públicos.

As normas orgânicas ou organizativas criam e estruturam os órgãos de poder, definem suas competências e disciplinam as relações entre seus membros. A vocação dessas normas é criar as condições para que o poder público possa exercer suas atribuições institucionais. As normas procedimentais ou de forma operacionalizam a atuação dos poderes públicos, disciplinando a prática de atos e a exteriorização da vontade estatal. No Estado Democrático de Direito, tais normas

²⁵ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 271. São citados, nesta categoria, “os princípios da publicidade das normas jurídicas, o da competência (ou da fixação da competência dos órgãos constitucionais pela norma constitucional), o do paralelismo das formas, o da tipicidade das formas de lei, o do pedido na fiscalização da constitucionalidade”. Cf., ainda, CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.223-1227, que cita os seguintes princípios da interpretação constitucional: princípio da unidade da constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da justeza ou da conformidade funcional, princípio da concordância prática ou da harmonização e princípio da força normativa da constituição.

²⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 281.

legitimam os atos estatais, sob o ponto de vista social e jurídico, exercendo também função garantidora de direitos fundamentais.

O estabelecimento de normas-regras que desempenham funções específicas permite a estruturação do Estado para o cumprimento dos seus deveres constitucionais, de forma integrada e completa.

Miranda destaca que as normas constitucionais organizatórias e as procedimentais são preceptivas, possuindo conteúdo estrito de comando deôntico de tudo ou nada, na concepção Dworkiniana. Por outro lado, as normas constitucionais materiais ou de fundo tanto podem ser preceptivas, possuindo conteúdo deôntico definido, como programáticas, quando então possuem maior ou menor grau de indeterminabilidade²⁷.

O segundo conjunto de normas-regras constitucionais é formado por normas constitucionais preceptivas e por normas constitucionais programáticas ou diretivas. Percebe-se que esta classificação considera a operacionalidade prática das referidas normas-regras²⁸.

As normas-regras preceptivas são aquelas que não dependem de nenhuma condição fática ou institucional para incidirem. Ou seja, elas contêm todos os elementos normativos que permitem sua aplicação direta e imediata, o que acarreta a obrigatoriedade de sua observância desde a sua entrada em vigor. As normas programáticas ou diretivas, por outro lado, definem objetivos a serem alcançados, promovendo a transformação das estruturas sociais ou da ordem jurídica.

Percebe-se que a distinção entre umas e outras reside na sua

²⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 282. Em relação às normas constitucionais programáticas, Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, p. 126-149, que aponta para a sobrevivência do constitucionalismo dirigente.

²⁸ Oportuna a classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, apresentada por José Afonso da Silva. Adotando tal critério, o autor classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed., 3. triag., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 101-102, 116 e 165-166.

operatividade²⁹. Enquanto as normas-regras preceptivas possuem conteúdo deôntico completo, permitindo a sua incidência aos casos regulados, bem como podendo servir de fundamento aos pleitos formulados pelo cidadão, as normas-regras programáticas exigem atuação do legislador ou do administrador como condição necessária para a sua aplicabilidade.

As normas programáticas, apesar de exigirem atuação do legislador ou do administrador como condição necessária a sua plena aplicabilidade, possui efeito paralisante e produz efeitos jurídicos em casos específicos, constringendo os poderes públicos a praticarem os atos reclamados pela constituição ou a se absterem de agirem em sentido diametralmente oposto ao comando contido na norma programática³⁰.

O terceiro conjunto de normas-regras é formado pelas normas-regras constitucionais exequíveis e as normas-regras constitucionais não exequíveis por si mesmas. Enquanto as primeiras podem incidir, ou seja, podem ser aplicadas imediatamente, as segundas exigem a interposição legislativa que lhe complementem o conteúdo. Enquanto não for exercida a função complementar da norma constitucional, elas não possuem a aptidão para disciplinar relações jurídicas.

Como se pode perceber, a distinção entre norma-regra exequível e norma-regra não exequível reside na própria norma e tem relação direta com a sua completude ou incompletude.

[...]

Precisando um pouco melhor o que são as normas não exequíveis

²⁹ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 283.

³⁰ “Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes: I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis e os atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 164. Cf., ainda, CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 344, que ao abordar a parametricidade da fiscalização abstrata da omissão inconstitucional, aponta a necessidade de a omissão ser normativa. A omissão material deve ser objeto de questionamento por meio de outros instrumentos processuais.

por si mesmas, dir-se-á que nelas se verifica – por motivos diversos de organização social, política e jurídica – um desdobramento: por um lado, um comando que substancialmente fixa certo objectivo, atribui certo direito, prevê certo órgão; e, por outro lado, um segundo comando, implícito ou não, que exige do Estado a realização desse objectivo, a efectivação desse direito, a constituição desse órgão, mas que fica dependente de normas que disponham as vias ou os instrumentos adequados a tal efeito³¹.
[...]

O quarto grupo contempla as normas-regras constitucionais consideradas em si e as normas-regras constitucionais que dispõem sobre normas constitucionais. As normas constitucionais em si partem do conceito de constituição material³². Nesse sentido, as normas que dispõem sobre a divisão dos poderes, a definição dos direitos e garantias fundamentais e o exercício do poder político integram esta categoria³³.

As normas constitucionais que disciplinam a produção de outras normas compõem o processo legislativo, disciplinando a iniciativa, o quórum, os procedimentos a serem adotados para a elaboração de cada espécie normativa disciplinada no texto constitucional³⁴.

A classificação das normas constitucionais apresentada por Miranda mostra-se importante na medida em que evidencia a existência de normas jurídicas de espécies diversas, com diferentes estruturas normativas, exercendo funções específicas, ao mesmo tempo em que mantêm uma relação estreita entre si e com o meio social, permitindo a renovação constante do sistema.

Todavia, a tipologia das normas constitucionais de Miranda não apresenta

³¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 287.

³² “A *constituição material* é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. Neste caso, constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional; as demais, mesmo que integrem uma constituição escrita, não seriam constitucionais”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional n. 62. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40-41.

³³ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 282.

³⁴ Sobre o processo legislativo, consultar MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 890-914.

critério para se distinguir regras e princípios, tampouco fornece elementos que permitam a identificação da espécie normativa na prática jurídica.

1.1.2 O ordenamento constitucional na teoria de JJ Gomes Canotilho

A análise do ordenamento constitucional empreendida por Canotilho leva em consideração o sistema português. Sua análise, todavia, pode ser estendida ao sistema brasileiro, em decorrência da influência exercida pelo constitucionalismo português sobre o aqui vigente.

O sistema constitucional, para Canotilho, é um sistema normativo aberto de regras e princípios³⁵, apresentando como características a dinamicidade e a dialogicidade.

A concepção de Canotilho considera a existência de normas jurídicas de natureza diversas – princípios e regras -, que não se mostram de forma estática no sistema. Ao contrário, as normas constitucionais mantêm uma relação dinâmica entre si e com o meio social, político, econômico.

O caráter dinâmico do sistema está intimamente relacionado com a sua estrutura dialógica acarretando a sua reflexividade³⁶, na medida em que viabiliza a manutenção da normatividade constitucional e, ao mesmo tempo, a captação das

³⁵ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.159.

³⁶ “Há uma estimativa associada com essa diferença: a fase inaugural da cientificização *primária*, durante a qual os leigos eram expulsos como os índios de seus ‘territórios’ e concentrados em ‘reservas’ claramente demarcadas, há muito já se encerrou e, com ela, o mito da superioridade e o desnível de forças que, ao longo dessa fase, marcaram a relação entre ciência, praxis e espaço público. Sua lógica evolutiva (que sempre foi o tema central da sociologia clássica) pode ser observada apenas nas áreas periféricas da modernização, se é que tanto. Seu lugar foi ocupado em quase todas as partes por conflitos e relações decorrentes da cientificização *reflexiva*: a civilização científica adentrou um processo no qual ela já não cientifica apenas natureza, homem e sociedade, mas cada vez mais a si mesma, seus próprios produtos, efeitos e erros. Já não se trata portanto da ‘libertação em relação a dependências *preexistentes*’, mas da definição e distribuição de erros e riscos ‘*autoinfligidos*’”. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. De Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 239. É nesse sentido que se deve entender a reflexividade do sistema, como abandono da pretensão de regular peremptoriamente as relações sociais, sem preocupação com a efetividade normativa. Ao contrário, as normas jurídicas regulam as relações humanas e, ao mesmo tempo, são influenciadas por elas.

mudanças de concepções de verdade e justiça gestados no meio social³⁷. Essa troca entre o normativo e o social, em uma cadeia de fluxo e refluxo, mantém a constituição atualizada mesmo diante de alterações significativas no meio político e social, em contraposição às concepções vigentes ao tempo de sua elaboração³⁸.

A abertura do sistema é possibilitada pela presença de princípios os quais, para Canotilho, prescrevem imperativamente um dever de otimização, considerando as possibilidades factuais e legais existentes, o que acarreta a concretização constitucional em graus variados e a sua comunicação com a realidade social³⁹.

Esse dever de otimização exige, como condição para o cumprimento dos deveres plasmados em princípios, a consideração das possibilidades factuais, ou seja, a avaliação de cada caso buscando elementos empíricos que conduzam à melhor decisão para a situação apresentada.

Se o sistema fosse formado apenas por regras jurídicas sua deficiência seria evidente, pois o legislador não consegue prever e disciplinar todas as relações jurídicas possíveis. E mesmo que isso fosse possível, o sistema jurídico formado apenas por regras se tornaria obsoleto em pouco tempo, havendo a constante necessidade de atualização das normas jurídicas para adequá-las à realidade social sempre cambiante⁴⁰.

Por outro lado, um sistema formado apenas por princípios também

³⁷ Cf. SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?**: momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 9, que ao explicar o acoplamento estrutural entre o Direito e a polícia, demonstra a mútua influência entre os sistemas: "Acoplamentos estruturais, portanto, ocorrem de forma seletiva e se autorreproduzem dessa mesma maneira (exclusão/inclusão). Desse modo, há uma irreversibilidade temporal (Luhmann, 1991, p. 209). Uma vez que a seleção é realizada, o acoplamento deixa de existir, porém, persiste internamente como um dos elementos operativos de cada um dos sistemas envolvidos na conectividade. Um acoplamento estrutural, assim, é definido a partir das seguintes características: (1) parte do princípio de que um determinado sistema (Direito e Política, no caso) absorva algumas características provenientes de seu ambiente de um modo duradouro a partir de uma confiança estrutural (Luhmann, 1993); (2) protege a clausura operativa dos sistemas, posicionando-se de modo ortogonal (Luhmann, 2010, 9. 274) às suas aberturas cognitivas, possibilitando conseguir ordem a partir do barulho de modo seletivo (excluem-se algumas alternativas e outras são proporcionadas)".

³⁸ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.159.

³⁹ No mesmo sentido, conforme abordado no item 1.1.4 desta dissertação, é o pensamento de Alexy.

⁴⁰ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.162.

apresentaria inconvenientes. A indeterminabilidade dos princípios e a conflituosidade como marcas características dessa espécie normativa, além da sua dependência em relação às possibilidades fáticas e jurídicas, gerariam insegurança jurídica⁴¹.

Canotilho sustenta que o ordenamento jurídico é formado por regras e princípios, sendo que a distinção entre uma espécie e outra se mostra tarefa árdua em decorrência principalmente do não esclarecimento sobre as funções exercidas pelos princípios e se existiria, entre eles e as regras, algo comum, fazendo-os pertencer à mesma família, com diferença apenas qualitativa⁴².

Quanto às funções exercidas pelos princípios, tanto pode ser argumentativa quanto normativa. Os princípios hermenêuticos (função argumentativa) permitem fundamentar as decisões, viabilizando a identificação da *ratio legis* de dispositivos ou a revelação de normas que não estão expressas em qualquer dispositivo constitucional⁴³.

⁴¹ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.162. Cf., também, as inconveniências apontadas por ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 121, quando então propõe um modelo que viabilize a definição de critérios controláveis de aplicação do direito, mas destacando a relação necessária entre os princípios e as regras: "O modelo aqui defendido, mais do que separar as espécies normativas, visa a construir critérios intersubjetivamente controláveis para a sua aplicação, dada a constatação de que não são os princípios e as regras, em si mesmos, que definem uma boa ou má aplicação, mas os critérios que versem sobre eles e direcionam o seu adequado funcionamento. Nesse aspecto, fica claro que o modelo ora sustentado, no caso das regras, não é nem um modelo formalista puro, que propugna a obediência incondicional às regras, nem tampouco um modelo particularista puro, em que elas funcionam apenas como conselhos que podem, ou não, ser seguidos, conforme a valoração caprichosa do aplicador. Defende-se, em vez disso, um modelo moderado e procedimentalizado, que valoriza a função e a importância das regras, sem, no entanto, afastar a sua extraordinária superação".

⁴² Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.161.

⁴³ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.161. Cf. a advertência de STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, p. 32-33, no sentido de que para interpretar devemos compreender e para compreender, temos que ter uma pré-compreensão constituída de estrutura prévia de sentido. "A partir de tais considerações, é possível afirmar que, sendo uma norma jurídica válida tão somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão acerca do sentido de (e da) Constituição. Não se interpreta, assim, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc.) desvinculado da antecipação de sentido apresentado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Ou seja, o intérprete não interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro conhecendo, depois interpretando, para, finalmente, aplicar... Claro que não! No plano da hermenêutica (ontologia da compreensão), esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio*. Logo, quando o intérprete interpreta um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. É possível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão. Ou seja, como assinala Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e

Os princípios jurídicos (função normativa) possuem qualidades de verdadeiras normas jurídicas, não podendo, todavia, ser confundidos com as regras jurídicas. Entre estas e aqueles há distinções qualitativas, as quais podem ser evidenciadas pelas seguintes características⁴⁴:

a) os princípios são normas que prescrevem um dever de otimização, balizados pelas possibilidades fáticas e jurídicas. Isso permite a concretização dos princípios em graus diversos. As regras, por sua vez, possuem conteúdo deôntico, prescrevendo algo que é ou não é cumprido.

b) a relação entre os princípios é uma relação conflitual. A solução do conflito não elimina um princípio para que outro seja realizado. A relação entre as regras, por outro lado, é antinômica. Havendo antinomia jurídica a resolução conduzirá à eliminação de uma das regras do sistema.

c) os princípios permitem que valores e interesses sejam balanceados e harmonizados, não seguindo a lógica do tudo ou nada. As regras não admitem solução intermediária, pois se uma delas é válida, deve ser cumprida na exata medida das suas prescrições.

d) o conflito principiológico é resolvido por meio da ponderação e harmonização, na medida em que impõem o dever de otimização. Ou seja, os princípios criam *standards* normativos que *prima facie* devem ser realizados. As regras criam determinações normativas fixas, tornando insustentável a validade simultânea de duas ou mais regras com conteúdo deôntico contraditório.

e) os problemas suscitados pelos princípios são de validade e de peso, ou importância, enquanto as regras suscitam apenas problemas de validade⁴⁵.

A partir dessas considerações, Canotilho apresenta uma tipologia dos princípios e das regras constitucionais, considerando especialmente a função

explicação do ser já exigem uma compreensão anterior”.

⁴⁴ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.161.

⁴⁵ Para uma análise crítica sobre os critérios clássicos de distinção entre regras e princípios, conferir NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais, especialmente o capítulo I.

exercida pelas referidas normas⁴⁶.

Segundo Canotilho, a Constituição está assentada sobre princípios jurídicos fundamentais, que são aqueles plasmados historicamente e que vão sendo progressivamente introduzidos na consciência jurídica e, posteriormente, incorporados ao texto constitucional. Esses princípios são de extrema importância para a adequada interpretação, integração e aplicação do direito positivo, fornecendo as garantias para a estabilidade constitucional em momentos de crise e condicionando a atuação do legislador⁴⁷.

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores são aqueles que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, funcionando como limites ao poder de revisão. Integram essa categoria os princípios definidores da forma de Estado; os princípios definidores da estrutura do Estado; os princípios estruturantes do regime político e os princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral.

Tal como acontece com os princípios jurídicos gerais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios *normativos*, *rectizes* e *operantes*, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em atividades interpretativas, sejam em actos inequivocadamente conformadores (leis, actos políticos).

Os princípios constitucionais impositivos identificam as normas programáticas, impondo aos órgãos do Estado, Legislativo e Executivo, a consecução de determinadas finalidades e a execução de tarefas⁴⁸.

Os princípios-garantia instituem garantias diretas e imediatas aos

⁴⁶ Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 219-231. O autor faz um inventário das regras e dos princípios constitucionais, baseando-se em Canotilho. No mesmo sentido em relação apenas aos princípios, ver ainda CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2006. p. 109-111.

⁴⁷ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.165.

⁴⁸ Vale registrar a percuciente análise realizada por Cristóvam ao identificar certo paralelismo entre os princípios impositivos de Canotilho e as diretrizes políticas de Dworkin. Cf. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica, p. 110-111.

cidadãos, possuindo densidade normativa suficiente que lhes garante o reconhecimento como norma jurídica⁴⁹.

Dentre as regras constitucionais, a diversidade de funções permite juntá-las em dois grandes grupos, formados pelas regras jurídico-organizatórias⁵⁰ e pelas regras jurídico-materiais.

As regras de organização podem definir competências, criar órgãos ou definir procedimentos. Ou seja, tais regras organizam a estrutura estatal permitindo que ela tenha as devidas condições jurídicas para desempenhar suas atribuições⁵¹.

As regras definidoras de competências reconhecem certas atribuições como sendo inerentes a determinados órgãos constitucionais ou estabelecem esferas de atribuições entre os vários órgãos do Estado. A atribuição de competências em nível constitucional assegura o seu exercício pelo órgão legitimado, racionalizando e maximizando a atividade estatal. De igual modo, as regras de competência servem de garantia para o órgão legitimado a exercê-las, o qual as exercerá nos limites definidos constitucionalmente, quer se trate de competência absoluta ou ainda relativa.

As regras de organização podem dispor, também, sobre a criação de órgãos e entidades. Estas regras mantêm relação muito próxima com as regras de

⁴⁹ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.167. Como exemplos o autor cita os princípios *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, o princípio do juiz natural, do *non bis in idem* e o do *in dubio pro reo*. A densidade normativa conferida aos princípios que estabelecem garantias parece ser indispensável, como condição inafastável à proteção e realização dos direitos fundamentais, com os quais as garantias mantêm estreita conexão. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 169, destaca que “Os direitos fundamentais nutrem, por assim dizer, uma declarada paixão pelo Poder Judiciário, embora, infelizmente, essa paixão nem sempre seja correspondida, pelo menos aqui no Brasil”.

⁵⁰ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.168. Para o autor, “[...] as normas organizatórias são normas complexas com uma grande diversidade de funções: (a) *função estruturante* das organizações (esquema organizatório, individualização de órgãos); (b) *função atributiva* de um poder (competência); (c) *função distributiva* de competência por vários órgãos de um ente público [...]; (d) *função procedimental ou processual* [...]”.

⁵¹ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.169. Cf. também SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 72, que destacam as seguintes funções exercidas pela Constituição: “(a) limitação jurídica e controle do poder; (b) ordem e ordenação; (c) organização e estruturação do poder; (d) legitimidade e legitimação da ordem jurídico-constitucional; (e) estabilidade; (f) garantia e afirmação da identidade política; (g) reconhecimento e garantia (proteção) da liberdade e dos direitos fundamentais; (h) imposição de programas, fins e tarefas estatais (função ‘impositiva’ ou ‘dirigente’)”.

competência, na medida em que ao criar ou instituir certos órgãos, pressupõe a definição de competências próprias inerentes à nova estrutura.

A formação da vontade política e o exercício das competências consagradas em nível constitucional exigem, também, a definição de procedimentos. As regras relativas a procedimentos, ao estabelecerem como o Estado atuará, também integram a categoria de regras de organização e se traduzem, em última análise, como garantias aos cidadãos. Não é demais lembrar que a processualização da atuação do Estado permite o exercício do controle de legitimidade do ato estatal, se traduzindo em garantia para o cidadão e racionalizando o exercício do poder público⁵².

As regras jurídico-materiais, por vezes, garantem diretamente direitos exercitáveis de imediato pelo indivíduo. É o que ocorre com as regras de direitos fundamentais, que asseguram “status jurídico material aos cidadãos”. Em outras situações, as regras jurídico-materiais definem garantias institucionais, cuja existência possui estrita pertinência para a dignidade humana e o desenvolvimento pleno do indivíduo, na medida em que criam um âmbito de proteção que inibe a interferência do Estado. Segundo Canotilho, a razão de ser das regras de garantia institucional

[...] constitucionalmente protegida, visam não tanto firmar, manter ou conservar certas instituições naturais mas impedir a sua submissão à completa discricionariedade dos órgãos estatais, proteger a instituição e defender o cidadão contra ingerências desproporcionais e coactivas⁵³.

As regras jurídico-materiais podem, ainda, estabelecer o atingimento de certos fins ou o desempenho de determinadas tarefas, muitos dos quais voltados

⁵² Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.169. Consultar, ainda, FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed., rev., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 373. Para o autor a democracia, entendida como direito fundamental, não se coaduna com a tomada de decisão apenas pelo poder público, preterindo a participação do cidadão. Nesse sentido, leciona o autor: “Defende-se que é inadmissível, nas relações de administração, persistir a democracia de fachada. É que, na democracia participativa, não se recusam as competências privativas estatais, contudo se viabiliza o debate amplo sobre os motivos das decisões administrativas, vedadas alegações vazias e evasões indecifráveis”.

⁵³ CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.171.

para a realização de direitos fundamentais. Estas regras devem ser associadas aos princípios constitucionais impositivos, suscitando uma das principais problemáticas envolvendo a distinção entre essas espécies de normas, “[...] ao mesmo tempo que se torna visível ser a distinção entre os dois tipos de preceitos meramente gradual, não havendo critérios suficientemente seguros para uma determinação rigorosa”⁵⁴.

Reforçando ainda mais esta problemática, as regras jurídico-materiais também podem ser classificadas como impositivas, as quais mantêm estreita ligação com as regras definidoras de fins e de tarefas e com os princípios impositivos, formando um bloco normativo que impõe deveres de atuação ao Estado⁵⁵.

Apesar da influência e da importância da teoria de Canotilho, a exemplo do que ocorre com a teoria de Miranda, ela também não apresenta critérios que possibilitem a distinção prática entre princípios e regras, questão fundamental para a presente pesquisa.

1.1.3 As normas jurídicas na teoria de Ronald Dworkin

Dworkin apresentou sua teoria do ordenamento jurídico destacando a aproximação da teoria do direito com a filosofia em geral, o que acarretou desafios importantes para os juristas. Essa aproximação tornou o debate sobre o direito mais técnico, hermético e sofisticado. Por outro lado, permitiu a reapreciação de questões

⁵⁴ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.171.

⁵⁵ Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. Objetivando clarificar a distinção entre estas espécies normativas, o autor afirma que em sentido amplo, as normas constitucionais impositivas são todas aquelas que fixam tarefas e diretivas ao Estado. Em sentido estrito, normas constitucionais impositivas são as “imposições de caráter permanente e concreto” e se traduzem, em regra, no dever de produzir normas jurídicas estabelecendo diretrizes materiais, a instituição e o funcionamento de órgãos constitucionais. O descumprimento de tais regras conduz à omissão inconstitucional. Cf., também, BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 113-118, para quem as normas constitucionais programáticas são normas jurídicas e, além de imporem deveres de atuação aos poderes estatais, possuem eficácia paralisante em relação à legislação produzida em contrariedade às suas disposições.

importantes da teoria do direito, sob novas perspectivas⁵⁶.

Júnior argumenta que a maior contribuição de Dworkin não foi a valorização dos princípios, mas sim a “formulação de uma poderosa teoria da controvérsia teórica, capaz de explicar a prática jurídica argumentativa e justificar a teoria interpretativa do direito”, apoiada e justificada em uma teoria da justiça⁵⁷.

Para os fins deste trabalho interessa especialmente a formulação teórica das espécies normativas apresentadas por Dworkin, assim como a função exercida por elas na interpretação e aplicação do direito.

A análise a seguir empreendida tem por base os três primeiros capítulos da obra de Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, que compila diversos artigos escritos ao longo do grande período de controvérsia em torno do conceito de direito e da sua eficácia⁵⁸.

A teoria do direito apresentada por Dworkin é crítica da teoria denominada por ele como teoria dominante, e que é formada por duas partes que se pretendem independentes uma da outra.

A primeira parte, identificada com a teoria do positivismo jurídico, se ocupa em investigar o que é o direito⁵⁹, ou seja, procura estabelecer as condições necessárias e suficientes para que uma determinada proposição jurídica seja considerada verdadeira. A segunda parte da teoria dominante, identificada com a

⁵⁶ Cf. JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 12. Dentre as questões importantes reapreciadas sob as novas perspectivas o autor destaca “[...] a própria definição do direito, a teoria da interpretação e da argumentação jurídica e o papel dos princípios nos sistemas jurídicos [...]”.

⁵⁷ JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, p. 14.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010. p. VII.

⁵⁹ “Ronald Dworkin, da mesma forma que Joseph Raz, compreende o direito como uma prática social normativa. Contudo, conforme se indicou, a teoria raziana envolve dois aspectos distintos. Em primeiro lugar, afirma a tese de que a normatividade do direito envolve uma demanda por uma legitimidade moral. Em segundo lugar, considera que a natureza institucional do direito exige que este seja visto como um fenômeno social essencialmente referido à autoridade (*authoritative*). A sua teoria da autoridade se assenta numa teoria das fontes puramente sociais da autoridade (*sourcethesis*)”. JÚNIOR, Ronaldo Porto Marcelo. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, p. 157.

teoria do utilitarismo⁶⁰, intenta demonstrar o que deve ser o direito e como as instituições jurídicas deveriam se comportar⁶¹.

Para o autor, uma teoria sobre o direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual. A parte normativa deve conter uma teoria sobre a legislação (versando sobre a legitimidade para produzir leis, sobre a justiça legislativa – que dispõe que tipos de leis estão autorizados ou obrigados a produzir)⁶²; sobre a decisão judicial (deve conter uma teoria da controvérsia, estabelecendo os padrões a serem seguidos pelo juiz ao decidir casos difíceis, uma teoria da jurisdição, que verse sobre o por que e quando os juízes devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia)⁶³; e sobre a observância da lei (contendo uma teoria do respeito à lei e uma teoria da execução da lei)⁶⁴, que são as perspectivas de análise do legislador, do juiz e do cidadão comum⁶⁵.

Na parte conceitual da teoria do direito há uma questão importante a ser investigada, que remete a outros problemas envolvendo a legitimidade e a jurisdição: se os princípios fundamentais da Constituição que versam sobre os procedimentos a serem adotados para fazer leis e quem está legitimado para tanto podem ser considerados como partes integrantes do direito⁶⁶.

Esse questionamento é de importância significativa para a definição das espécies normativas, na medida em que o positivismo compreende o ordenamento jurídico como sendo integrado por regras jurídicas, cuja validade é apurada pela dependência à norma superior que lhe sirva de fundamento de validade⁶⁷. A

⁶⁰ Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 26-33.

⁶¹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. VII-VIII.

⁶² Cf. HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Trad. Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, especialmente o capítulo 2 – A ideia da justiça política.

⁶³ Cf. LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013.

⁶⁴ Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 437, especialmente sua análise sobre o dever de obedecer a uma lei injusta.

⁶⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. VIII-IX.

⁶⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. X.

⁶⁷ “Em síntese, as normas jurídicas não são fatos ou entidades do mundo exterior. Elas não podem ser traduzidas diretamente em termos de fatos brutos. Não obstante, Kelsen não negará a existência de conteúdo cognitivo aos enunciados jurídicos que descrevem as normas, porque elas não são fatos

apuração da validade dos princípios jurídicos seria inviabilizada nessa teoria, conforme será analisado mais à frente⁶⁸.

Para Dworkin, a teoria ortodoxa do direito falhou na medida em que não desenvolveu instrumentos que permitissem ao jurista resolver os problemas que não podem ser enfrentados tecnicamente. Alguns desses problemas são éticos e outros envolvem perplexidades decorrentes dos desacordos sobre o significado dos termos empregados no discurso jurídico⁶⁹.

As diversas abordagens profissionais do direito se mostraram insuficientes por desconsiderarem que os problemas da teoria do direito são problemas ligados aos princípios morais⁷⁰.

No direito inglês, a ênfase na doutrina se mostrou insuficiente porque esta se valia de conceitos ordinários para justificar e criticar o direito, procurando definir o seu significado jurídico por meio de métodos doutrinários convencionais, ignorando a análise moral. Porém, ao empregar esses conceitos, os juristas se debatiam com

do mundo [...]”. JÚNIOR, Ronaldo Porto Marcelo. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, p. 83.

⁶⁸ “[...] Se os princípios políticos inscritos na Constituição fazem parte do direito, a prerrogativa dos juízes para decidir o que determina a Constituição fica confirmada, pelo menos *prima facie*. Se esses princípios fazem parte do direito, apesar do fato de não serem produtos de decisão social ou política deliberada, então o fato de que, neste caso, o direito possa ser natural é um argumento em favor das restrições que a Constituição impõe ao poder da maioria [...]”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. X.

⁶⁹ “[...] Os juristas são treinados para analisar leis escritas e decisões judiciais de modo que extraem uma doutrina jurídica dessas fontes oficiais. Eles são treinados para analisar situações factuais complexas com o objetivo de resumir, de forma precisa, os fatos essenciais. E são treinados para pensar em termos táticos, para conceber leis e instituições jurídicas que produzirão mudanças sociais específicas, anteriormente decididas. A abordagem profissional da teoria do direito tentou reformular as questões relativas à doutrina legal de tal maneira que uma ou mais dessas qualificações pudesse ser empregada. Essa abordagem produziu apenas a ilusão de progresso e deixou intocadas as questões de princípio, genuinamente importantes, que existem no direito”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 4.

⁷⁰ “Não há dúvida de que, em alguns aspectos, o raciocínio jurídico é mais limitado do que o raciocínio moral. Os elementos autoritários e institucionais do Direito fazem com que, por vezes, quem opera dentro de um sistema jurídico (quer como produtor ou – sobretudo – como aplicador de normas) toma decisões que se consideram justificadas, embora não fossem as decisões que tomaria caso se guiasse unicamente por razões morais, por razões substantivas: o juiz e o legislador estão (em muito maior medida o primeiro que o segundo) constrangidos pelo sistema jurídico; as suas decisões não se considerariam justificadas se entrassem em contradição com elementos do sistema hierarquicamente superiores [...]”. ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escola Editora, 2014. p. 313.

questões morais⁷¹ não enfrentadas pela doutrina, gerando incontáveis problemas⁷².

A abordagem profissional da teoria do direito com ênfase nos fatos, da qual surgiu a teoria sociológica do direito, considerava o juiz um homem que responde a diversos tipos de estímulos sociais e pessoais. Todavia, essa abordagem se mostrou inviável em virtude da insuficiência dos instrumentos de abordagem e da complexidade do objeto de estudo. Por outro lado, a ênfase nas táticas teve efeito mais duradouro sobre as faculdades de direito, que viam o direito como um instrumento capaz de conduzir a certos objetivos amplos.

Mas esta ênfase nos fatos e na estratégia terminou por distorcer os problemas de teoria do direito de uma maneira muito parecida com o que havia ocorrido com a abordagem doutrinária inglesa, isto é, exatamente através da eliminação daquelas questões relacionadas com princípios morais que formam o seu núcleo. Esse fracasso torna-se evidente quando examinamos detalhadamente o problema central que os sociólogos e os instrumentalistas discutiam: os juízes sempre seguem regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou algumas vezes eles criam novas regras e as aplicam retroativamente?⁷³

A questão que se coloca até o momento e que teria conduzido ao fracasso da abordagem profissional do direito, em suas três vertentes, reside na desconsideração dos aspectos morais necessários para justificar e explicar a forma como os tribunais decidem, especialmente quando se afirma que eles devem seguir regras⁷⁴.

⁷¹ “[...] O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (Por exemplo, diante do céu rubro do pôr do sol, se eu digo: ‘o céu é rubro’, formulo um juízo de fato; se digo ‘este céu rubro é belo’, formulo um juízo de valor).” JÚNIOR, Ronaldo Porto Marcelo. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, p. 53-54.

⁷² Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 5-7.

⁷³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 7-8.

⁷⁴ “As decisões judiciais não visam a afirmar o que o direito deveria ser idealmente, mas antes o que o direito corretamente interpretado diz a respeito das pretensões jurídicas das partes. Uma interpretação dos princípios *tal como eles realmente funcionam na prática judicial (fit)* deve reconhecer que os princípios não são meros guias para o exercício de uma atividade discricionária, nem são vinculantes em razão de seu *pedigree* autoritativo. O positivismo jurídico fracassa

Nos casos fáceis, quando o juiz aplica uma regra preexistente para decidir um caso novo, não há maiores questionamentos. Mas quando são decididos casos difíceis, as regras estabelecidas podem se mostrar insuficientes.

[...] Nesses casos dramáticos a Suprema Corte apresenta razões – ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública. Isso significa que, em última instância, a Corte está seguindo regras, embora de natureza mais geral e abstrata? Se for assim, de onde provêm essas regras abstratas e o que as torna válidas? Ou isto significa que a Corte está decidindo o caso de acordo com suas próprias crenças morais e políticas?⁷⁵

Essa questão remete à necessidade de se estabelecer a que tipo de normas os juízes estão obrigados a seguir quando decidem os casos submetidos ao seu julgamento.

Em sua análise crítica Dworkin considera a versão forte do positivismo apresenta por Hart, estruturado sobre as seguintes premissas seguidas pelas demais versões do positivo, com algumas alterações:

a) um conjunto de regras especiais, identificadas com o auxílio de testes de *pedigree*, regula o comportamento de uma determinada sociedade. É o teste de *pedigree* que permite distinguir entre regras jurídicas válidas, de um lado, e regras inválidas e regras morais, do outro.

b) as regras especiais que integram esse conjunto normativo é coextensivo com o direito. Dessa forma, inexistindo uma regra jurídica que regule o caso submetido ao juiz, este exercerá o seu discernimento pessoal, indo além do direito para buscar um padrão que o oriente na confecção da nova regra jurídica ou

justamente por não reconhecer esse aspecto importante do funcionamento dos princípios. Conforme afirmará John Finnis, o positivismo erra por afastar do seu *significado focal* (*focal meaning*) de direito essa relevante dimensão do direito. A prática argumentativa com os princípios constitui-se numa importante dimensão do direito, que, assim, não se resume a um sistema de regras em sentido estrito. Um corolário dessa crítica será a afirmação de que a tese das fontes puramente sociais do direito (*sourcethesis*) deve ser abandonada. Isso não significa dizer, anote-se desde já, que o direito não terá uma fonte social. Dworkin apenas indicará que a tese das fontes (*sourcethesis*), tal como formulada pelos positivistas é incapaz de captar essa dimensão relevante e essencial do direito". JÚNIOR, Ronaldo Porto Marcelo. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, p. 165.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 8.

na complementação de uma regra já existente.

c) as obrigações jurídicas são definidas em regras jurídicas válidas, que exigem determinado comportamento. A inexistência de uma regra jurídica acarreta a inexistência de obrigação jurídica. Assim, quando o juiz decide uma questão controversa, exercendo a sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente⁷⁶.

As diferentes versões do positivismo divergem acerca do teste de *pedigree* que uma regra deve satisfazer para ser considerada uma regra jurídica⁷⁷.

Para Austin, o teste fundamental é realizado pela análise de uma série de definições interligadas entre si⁷⁸, e a distinção entre regras jurídicas, morais e religiosas é definida pela identificação da fonte da qual promana.

Além disso, ele reconhece a impossibilidade de se antecipar todas as contingências para fins de estabelecer ordens precisas que integrarão o sistema normativo, decorrendo daí a necessidade de se estabelecer algumas ordens vagas e pouco claras. Também em virtude disso é reconhecida aos magistrados discricionariedade⁷⁹ para criar novas ordens quando se depararem com casos

⁷⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 27-28.

⁷⁷ Dworkin sustenta a impossibilidade de os princípios serem identificados por meio de testes de *pedigree*. Hart se insurge contra essa tese indicando, inclusive, princípios oriundos do sistema *common law* que são identificados por meio de um teste de *pedigree*. Cf. HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz: tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p.340-346.

⁷⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 29. A série de definições interligadas é a seguinte: “[...] Definiu ter uma obrigação como estar subsumido a uma regra, regra como uma ordem de caráter geral e ordem como uma expressão do desejo de que outras pessoas comportem-se de um modo específico, desejo sustentado pelo poder e pela vontade de fazer valer essa expressão em caso de desobediência”.

⁷⁹ Kelsen antevê essas situações, mas parece propor que a solução a ser dada ao caso concreto ainda assim será mediada pelo direito positivo: “Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390.

inéditos ou problemáticos, cabendo o controle de tal criação ao soberano⁸⁰.

Segundo Dworkin, o positivismo apresentado por Hart é mais complexo. De início, Hart reconhece a existência de tipos diferentes de regras, distinguindo entre regras primárias e regras secundárias. As regras primárias são aquelas que reconhecem direitos ou estabelecem obrigações. As regras secundárias estipulam quem pode estabelecer as regras primárias, como serão estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou extintas⁸¹.

Para Austin, regra é uma ordem de caráter geral a que estão submetidos os indivíduos, acarretando uma penalidade em caso de desobediência. Hart contesta essa posição de Austin, sustentando que ela oblitera a distinção entre ser compelido a algo e estar obrigado a algo. A submissão de alguém a uma regra obriga o indivíduo a adotar certo comportamento, sendo diferente de alguém estar sujeito a um dano. A regra é normativa, ao contrário de uma ordem. Além disso, a regra estabelece um padrão de comportamento, alcançando a todos que se encontrem sob seu império, para além da ameaça que garante a sua aplicação. Não é a força física que confere a obrigatoriedade da regra, mas sim a autoridade de quem a elabora. A autoridade, por sua vez, deriva de outra regra que já é obrigatória para aqueles a que se dirige⁸².

Dworkin aponta que apesar das distinções entre as versões do positivismo apresentadas por Austin e por Hart, ambos coincidem em um aspecto: as regras jurídicas possuem limites imprecisos⁸³. Este ponto comum aponta para a existência de outros padrões normativos diferentes das regras, cuja identificação não é viabilizada pelo positivismo jurídico.

⁸⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 29.

⁸¹ "O conceito de direito de Hart é uma construção a partir dessas várias distinções. As comunidades primitivas possuem apenas regras primárias e essas obrigatórias tão-somente devido às práticas de aceitação. Não se pode afirmar que essas comunidades tenham um 'direito', pois, nesse caso, não há maneira de distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o primeiro princípio do positivismo. Mas quando uma comunidade desenvolve uma regra secundária fundamental que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas, nasce a ideia de um conjunto específico de regras jurídicas e, com isso, a ideia de direito." DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 31 e 33. Cf., ainda, HART, H.L.A. **O conceito de direito**, p. 103-128, quando o autor desenvolve a sua teoria do direito como união de normas primárias e secundárias.

⁸² Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 31-32.

⁸³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 35.

Dworkin oferece uma classificação das regras jurídicas afirmando, inicialmente, que especialmente diante de casos difíceis⁸⁴ os juristas recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam de forma diferente.

[...] Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. [...] A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número). Em alguns contextos a distinção tem usos que se perdem, quando ela desmorona dessa maneira⁸⁵.

A distinção entre regras e princípios, sustenta Dworkin, é de natureza lógica. Tanto umas quanto outros sinalizam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias específicas. A diferença está na orientação oferecida por cada um desses padrões.

[...] As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁸⁶.

⁸⁴ “As teses positivistas de Kelsen e Hart de que, quando chamado a decidir um caso considerado difícil, o juiz disporia de discricionariedade para decidi-lo em favor de quaisquer das partes envolvidas no processo, é frontalmente combatida por Dworkin. Não se admite que o juiz introduza novos direitos para serem aplicados, retroativamente, ao problema em questão. Mesmo nos casos difíceis, quando não há claramente uma resposta prevista pelo ordenamento, é dever do juiz descobrir no sistema jurídico quais os direitos das partes, sem inventar retroativamente direitos novos. O juiz não pode atuar como legislador.” CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica, p. 258.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 36-37. O padrão normativo denominado política se aproxima das normas programáticas, apresentadas por JJ Gomes Canotilho e que serão mais bem exploradas oportunamente.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 39.

As regras jurídicas estabelecem padrões que devem ser seguidos da maneira como foram estabelecidos, sendo as regras tanto mais completas quanto mais extensas forem as exceções incorporadas ao texto, apesar dos inconvenientes que isso pode acarretar. Já os princípios são razões para decidir, não pretendendo e nem estabelecendo as “condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia razão que conduz o argumento em uma certa direção”, a qual ainda assim precisa de uma decisão particular que lhe de operatividade⁸⁷.

As regras jurídicas são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Presentes “os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Na definição de Dworkin, não é possível compatibilizar regras jurídicas conflitantes.

Esta concepção exposta por Dworkin equivale à eficácia jurídica da regra, a qual deve ser diferenciada da eficácia social⁸⁸.

Há situações, contudo, em que é difícil distinguir regras e princípios, sendo este ponto objeto de controvérsia, seja porque não foi estabelecido como o padrão deve funcionar, seja ainda porque regras e princípios podem desempenhar funções semelhantes⁸⁹.

Percebe-se a maior força dos princípios nas questões judiciais difíceis, quando eles servem de fundamento aos argumentos utilizados para sustentar as decisões. Após a resolução do caso, pode-se afirmar que ilustram uma regra particular, ou seja, após ser aplicado, o princípio que dá sustentação aos

⁸⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 39 e 41.

⁸⁸ “Cabe distinguir da eficácia *jurídica* o que muitos autores denominam de eficácia *social* da norma, que se refere, como assinala Reale, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”. BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82.

⁸⁹ “Palavras como ‘razoável’, ‘negligente’, ‘injusto’ e ‘significativo’ desempenham frequentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapola a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o *tipo* de princípios e políticas dos quais pode depender a regra [...]”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 45.

argumentos utilizados na decisão cria uma regra⁹⁰.

Oportuna a advertência de Silva, ao afirmar que o precedente judiciário “não é autenticamente uma fonte do direito, já que o juiz deve encontrar os elementos da sua solução jurídica em questões de fundo ou *substantive law*”⁹¹.

Quando princípios diversos podem ser invocados para dar sustentação à interpretação do direito, a tensão que surge entre eles é resolvida pela análise do seu peso ou importância:

[...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é⁹².

O conflito entre regras jurídicas, ao contrário, deve ser resolvido recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. O sistema jurídico pode regular a resolução do conflito entre regras jurídicas estabelecendo a precedência da regra superior, da mais recente ou da mais específica⁹³. Também é possível conferir precedência à regra sustentada pelos princípios de maior peso ou importância, como ocorre com o sistema norte-americano⁹⁴.

A análise da teoria de Dworkin permite compreender as regras jurídicas como comandos definitivos que devem ser cumpridos da forma como foram estabelecidas pelo legislador ou pela decisão judicial baseada em princípios. Estes,

⁹⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 46.

⁹¹ SILVA, Diogo Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas Civil Law e Common Law. **Revista de Direito da Faculdade de Guanambi**. v. 4, n.1, jan/jun 2017. p.76.

⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 42-43.

⁹³ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 93-98. O autor apresenta os critérios gerais de resolução de antinomia jurídicas. Ver, ainda, nas pág. 98-104, a proposta apresentada pelo autor, no sentido de estabelecer hierarquia deontológica para resolver conflitos não solucionáveis por meio dos critérios gerais.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 43.

por sua vez, devem ser compreendidos como razões para decidir, sendo invocados quando o juiz se encontrar diante de casos difíceis que não possam ser solucionados pela aplicação de uma regra previamente estabelecida.

1.1.4 As normas jurídicas na teoria de Robert Alexy

Alexy desenvolve a sua teoria sobre as normas de direitos fundamentais tendo por parâmetro a Constituição alemã, motivado pelas controvérsias envolvendo o catálogo de direitos fundamentais.

As razões dessas controvérsias, apontadas pelo autor, envolvem a interpretação das disposições de direitos fundamentais, a abertura das disposições que integram o catálogo de direitos fundamentais e que acarretam dissenso sobre o objeto regulado, bem como a abertura conferida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que apesar de criar novas determinações amparadas no texto constitucional, também se manifesta de forma ambígua, atraindo a crítica da teoria do direito e acarretando novas discussões sobre os direitos fundamentais⁹⁵.

Para uma correta interpretação das disposições de direitos fundamentais a investigação de Alexy está focada, em um primeiro momento, em definir o conceito de norma a partir de um modelo semântico⁹⁶. Apesar da conexão existente entre o conceito de direitos fundamentais e o conceito de normas de direitos fundamentais, é perceptível que este é mais amplo que aquele. Isso ocorre porque os direitos fundamentais outorgam direitos subjetivos ao cidadão e no catálogo de direitos

⁹⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25-29.

⁹⁶ “[...] A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura linguística. É nesse sentido que K.-O. Apel vai dizer que a Filosofia Primeira não é mais a pesquisa a respeito da natureza ou das essências das coisas ou dos entes (ontologia), nem tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento), mas a reflexão sobre a significação ou o sentido das expressões linguísticas (análise da linguagem) [...]”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 13.

fundamentais é possível encontrar normas que não exercem essa função, embora continuem sendo conceituadas como normas de direitos fundamentais⁹⁷.

O contrário também pode ocorrer, ou seja, é possível localizar normas de direitos fundamentais fora do catálogo formal. Nesse sentido, leciona Luño que

El hecho de que la casi totalidad de los derechos fundamentales se hallen sistematizados en el Título I de la Constitución no excluye la presencia de otros derechos fundamentales diseminados por el texto constitucional y, por tanto, positivados fuera del catálogo. Se trata de derechos fundamentales que han hallado su formulación en la parte orgánica del articulado constitucional⁹⁸.

O modelo semântico de norma permite separar o texto da norma. A partir disso, as espécies normativas devem ser identificadas não pela análise do seu enunciado normativo, mas a partir da norma. Para Alexy, não se deve confundir enunciado normativo e norma. A norma é o significado do enunciado normativo podendo ela ser expressa de diversas formas.

[...] o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendado, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deônticas, dentre as quais são mencionadas, neste passo, apenas as modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão [...]⁹⁹.

⁹⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 50-51 e 53.

⁹⁸ “O fato de que a quase totalidade dos direitos fundamentais acham-se sistematizados no Título I da Constituição não exclui a presença de outros direitos fundamentais disseminados pelo texto constitucional e, portanto, positivados fora do catálogo. Trata-se de direitos fundamentais cujo conteúdo se conforma com a parte orgânica da constituição.” (tradução livre) LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales**. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2011. p. 164-166. O autor menciona, a título exemplificativo, os seguintes direitos fundamentais localizados fora do catálogo formal da constituição espanhola: a iniciativa popular; a participação dos cidadãos na elaboração de normas administrativas que possam lhes afetar; o acesso do cidadão à informação sobre si, contida em arquivos administrativos dentre outros. Ainda segundo o autor, a localização de tais direitos fundamentais fora do catálogo formal acarreta dúvidas sobre a sua tutela, sendo certo, todavia, que eles se beneficiam do mesmo tipo de tutela conferida aos direitos que integram o catálogo formal. Cf., também, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 85, que analisa a abertura conceitual sob o prisma material dos direitos fundamentais, acarretada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira.

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 54-57. A identificação do enunciado deôntico que expressa um dever, uma proibição ou uma permissão não oferece maiores dificuldades. O mesmo não ocorre com enunciados deônticos complexos e compreender essa dinâmica é fundamental para se identificar a norma expressada por tais enunciados normativos. “Uma outra expressão deôntica é a expressão ‘tem direito a (...)’. Locuções como ‘tem direito a (...)’ expressam

Se as espécies normativas devem ser identificadas a partir da norma e norma, na concepção semântica adotada por Alexy, é o produto da interpretação, então regras e princípios devem ser identificados não mediante a análise da estrutura do enunciado normativo, mas, sim, depois de concluída a atividade interpretativa.

O modelo semântico de norma apresentado por Alexy permite, ainda, a separação entre questões semânticas e aquelas relativas à validade da norma, o que também não pode ser confundido. Na concepção de Ross, citado por Alexy, a norma é definida a partir da junção de elementos normativos com elementos empíricos, conduzindo à identificação de normas apenas quando elas existirem ou forem válidas:

[...] Um exemplo de uma definição que não distingue esses elementos é a de Alf Ross. Segundo Ross, uma norma é “uma diretiva que corresponde a certos fatos sociais de forma tal que o modelo de conduta expresso na norma (1) é geralmente seguido pelos membros da sociedade, e (2) é encarado por eles como vinculante (válido)”. Por “diretiva” Ross entende aquilo que é chamado de “norma”. A incorporação de elementos relativos à validade, nesse caso elementos empíricos, no conceito de norma seria necessária para que se possa “dizer que certas normas de fato *existem*, ou *estão em vigor*” [...] ¹⁰⁰.

Além da importância do conceito semântico de norma para a dogmática

modalidades deônticas complexas [...]. Por outro lado, não são enunciados deônticos nem os *enunciados imperativos*, como ‘jamais um alemão será extraditado!’, nem os *enunciados indicativos sem expressões deônticas*, como ‘alemanes não serão extraditados’. Sempre que esses enunciados expressarem normas, será possível transformá-los em um enunciado deôntico que expresse a mesma norma. Nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico. Isso tem uma importância que não deve ser subestimada, pois é possível construir formas padrão para enunciados deônticos que permitam identificar a estrutura das formas que elas expressam. As formas padrão dos enunciados deônticos são o último estágio antes da apresentação da estrutura lógica das normas por meio de uma linguagem baseada em fórmulas”.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 58. Cf., ainda, ROSS, Alf. **Direito e justiça**. trad. Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 1ª reimpressão, 2003. p. 26. Ao abordar os problemas da interação do Direito e a sociedade, o autor afirma que “Esta área de investigação inclui questões relativas à origem histórica e o desenvolvimento do direito; aos fatores sociais que em nossos dias determinam o teor variável do direito; à sua dependência da economia e da consciência jurídica popular e sua influência sobre estas; aos efeitos sociais de certas regras ou instituições jurídicas; ao poder do legislado em dirigir o desenvolvimento social; à relação entre o direito “vivo” (isto é, o direito tal como se desenvolve realmente na vida da comunidade) e o direito teórico dos livros; e às forças que de fato motivam a aplicação do direito em contraposição aos fundamentos racionalizados presentes nas decisões judiciais”.

do direito, ele também oferece vantagens em relação às teorias da validade¹⁰¹, sendo pressuposta por elas, e que têm o escopo de definir critérios por meio dos quais é possível apurar quando uma norma é válida.

A investigação sobre o que são normas de direitos fundamentais comporta uma análise abstrata, quando a investigação não perquire um determinado ordenamento jurídico. Nesta hipótese, a definição do que seja norma de direito fundamental possui uma pretensão de universalização, podendo seus critérios definidores ser empregados em diversos ordenamentos jurídicos, servindo de parâmetro para a identificação dessas normas. Mas a análise também pode estar centrada em um determinado ordenamento jurídico, quando então as conclusões valem para aquele ordenamento jurídico específico. Os critérios adotados, de igual forma, poderão ser utilizados como parâmetro de análise de outros sistemas, mas necessitando passar pela necessária filtragem¹⁰².

Além das normas de direitos fundamentais expressas, há outras que guardam estreita conexão com elas, mantendo uma relação de refinamento que permite a identificação de outras normas de direitos fundamentais não expressas. Para localizá-las deve-se adotar critério idôneo de identificação, tendo em vista a grande possibilidade de se atribuir a característica de normas de direitos fundamentais a normas que não possuem fundamentalidade suficiente.

Uma atribuição correta ocorre quando a norma atribuída pode ser classificada como válida. Para classificar as normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional basta a referência à sua positivação. No caso das normas atribuídas isso é, por definição, excluído. Logo, sua identificação por meio do critério jurídico de

¹⁰¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 61, em que o autor distingue três teorias da validade. A teoria sociológica considera os fatores sociais como causas de legitimação e validade das normas. A teoria ética considera válida a norma que está fundada em razões morais. Por fim, a teoria jurídica considera válida a norma produzida por uma autoridade, cuja competência está fundada em norma de nível superior. Ver também MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 7: “Em razão desse caráter eminentemente dogmático que tem a questão da validade, o tratamento que o legislador lhe dispensa reflete, naturalmente, as concepções filosóficas e axiológicas de cada época e cada cultura. Exceto no que se refere às questões limites da ilicitude e da impossibilidade natural, não há problemas cujas soluções sejam aprioristicamente postas. O legislador tem a liberdade de dar à validade (e à invalidade) o tratamento que lhe parece mais adequado. Assim, é possível ao sistema jurídico ter a nulidade como causa (a) de *insuficiência* do suporte fático, do que decorreria a *inexistência* do ato jurídico ou (b) de *deficiência* do suporte fático, o que faria o ato *existente, porém inválido ou ineficaz*”.

¹⁰² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 65.

validade não é possível. O mesmo vale para os critérios sociológico e ético. Que uma norma seja válida social ou eticamente não significa que ela possa ser corretamente atribuída a uma de direito fundamental diretamente estabelecida. Portanto, nenhum dos três critérios de validade é adequado para identificar normas de direito fundamental atribuídas. Mas todos eles são levados em consideração no âmbito do seguinte critério: uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*. É possível perceber que os três critérios são levados em consideração quando se atenta ao papel que desempenham o texto das disposições de direitos fundamentais, os procedimentos do Tribunal Constitucional Federal e os argumentos práticos gerais na fundamentação referida a direitos fundamentais¹⁰³.

A discussão sobre que normas guardam relação de refinamento com as normas de direitos fundamentais pode abrir ensanchar ao propalado ativismo judicial¹⁰⁴ e a questionamentos sobre a legitimidade democrática¹⁰⁵ das decisões judiciais, por permitir que a normas não expressamente referidas pelo texto constitucional como definidoras de direitos fundamentais recebam esta qualificação. Em outras palavras, por este expediente é possível ampliar sensivelmente o rol de direitos fundamentais sem se afastar do texto constitucional.

A estrutura das normas de direitos fundamentais se apresenta importante para a teoria do direito, por permitir responder a diversos problemas da dogmática dos direitos fundamentais:

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 74.

¹⁰⁴ O ativismo judicial será objeto de análise no terceiro capítulo. Para aprofundar a análise desse tema, Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁰⁵ “A legitimidade, portanto, assume agora um caráter eminentemente funcional, de uma prestação do próprio sistema, convolvendo-se em autolegitimação. Conquanto os argumentos funcionalistas tenham seus méritos, precipuamente no que tange à compreensão da organização e lógica operativa dos sistemas jurídico e político, é preciso reconhecer que eles praticamente tornam o conceito de legitimidade irreconhecível e o inviabilizam como elementos essencialmente integrador. A legitimidade converte-se em mero artifício de dominação ao consagrar o excesso de formalismo e a otimização das performances dos sistemas. De forma a afastar tais ventos retrógrados que tangenciam compromissos com a racionalidade eminentemente substantiva, faz-se de todo necessário proceder ao resgate da ideia de legitimidade enquanto elemento sociointegrador, fundado em uma constelação de valores socialmente difundidos no Estado Democrático de Direito e identificados com a concretização de uma ordem jurídico-política justa, aberta e pluralista”. DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 250-251.

[...] Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito [...] ¹⁰⁶.

Apesar das diversas correntes que procuram distinguir os tipos normativos, Alexy agrupa as regras e os princípios sob o mesmo conceito de normas jurídicas ¹⁰⁷. Tanto as regras como os princípios são normas jurídicas e expressam comandos de dever-ser. Princípios e regras podem ser formulados por meio de comandos deônticos básicos. Enfim, princípios e regras são “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente” ¹⁰⁸.

Dentre os critérios clássicos utilizados para distinguir regras e princípios destaca-se o da generalidade. Por esse critério, “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” ¹⁰⁹. Esse critério se mostra extremamente frágil diante da distinção heterogênea por ele propiciada.

A respeito desse critério, Neves afirma que “a generalidade é concernente à dimensão pragmática dos destinatários da norma, dizendo respeito ao âmbito pessoal de sua vigência”, enquanto a abstração da norma diz respeito à dimensão semântica dos referentes normativos, relacionados aos fatos subsumíveis à norma.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 85.

¹⁰⁷ Cristóvam pondera que uma vez estruturado o sistema jurídico em dois níveis, integrados pelas regras e pelos princípios, não se consegue resolver todos os problemas de racionalidade do discurso jurídico. Dessa forma, Alexy acrescenta um terceiro elemento, a argumentação jurídica. Assim, em Alexy, o modelo de sistema jurídico possui três níveis: o das regras, o dos princípios e o do procedimento. Cf. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**, p. 85.

¹⁰⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 87.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 87. O autor destaca, ainda, os seguintes critérios clássicos de distinção entre regras e princípios: o da determinabilidade dos casos de aplicação; a forma de surgimento das regras e dos princípios; o caráter explícito do conteúdo axiológico; a referência à ideia de direito; o grau de importância para a ordem jurídica; princípios como razões para as regras e a distinção entre normas de argumentação e normas de comportamento.

Nesse sentido, tanto as regras quanto os princípios são dotados de generalidade e abstração, variando apenas o seu grau¹¹⁰.

A combinação dos critérios clássicos entre si permite o estabelecimento de três teorias que versam sobre a distinção entre regras e princípios, conforme abaixo apontado:

A primeira tese sustenta que toda tentativa de separar as normas em dois grupos fracassará. Isso decorreria, por exemplo, da possibilidade de combinação aleatória dos critérios de distinção apontados anteriormente, que pretendem classificar grupos de normas sem considerar, no interior de cada categoria, as diferenças e semelhanças existentes¹¹¹.

A segunda tese sustenta ser possível distinguir regras e princípios em dois grupos. Todavia, essa distinção seria apenas de grau, sendo sustentada por aqueles que consideram a generalidade o critério decisivo de diferenciação entre princípios e regras¹¹².

A terceira tese sustenta ser possível distinguir entre regras e princípios e afirma, ainda, que tal distinção não é apenas uma diferença gradual, mas sim é uma diferença qualitativa.

¹¹⁰ “Quando se afirma que os princípios são normas mais gerais do que as regras, parte-se, à vezes, de modelos dedutivos, análogos aos de axiomas ou postulados. Nessa hipótese, é comum que se considerem os princípios normas evidentes da razão, independentes da comprovação empírica. Em outros casos, a tese da maior generalidade baseia-se em um modelo indutivo, no qual os princípios emergem da generalização ou abstração sistemática a partir das regras existentes. No que concerne aos princípios e regras constitucionais, ambas as teses são irrelevantes, tendo em vista que aqui se trata de normas construídas no interior da ordem jurídica, por atribuição direta ou indireta ao texto constitucional produzido por ato constituinte ou reformador (ou, nos casos em que não há diploma constitucional, ao conjunto de textos esparsos que atua como equivalente funcional de um documento constitucional)”. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**, p. 21-23.

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 89. Alexy ressalta que “[...] não seria difícil de imaginar uma norma que tenha um alto grau de generalidade, não seja aplicável de pronto, não tenha sido estabelecida expressamente, tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação íntima com a ideia de direito, seja importantíssima para a ordem jurídica, forneça razões para regras e possa ser usada como um critério para a avaliação de argumentos jurídicos [...]”.

¹¹² Esta tese é rechaçada por Alexy, conforme ponderado por CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**, p. 86: “Pode-se dizer que a distinção entre regras e princípios jurídicos se apresenta como qualitativa ou conceitual. Neste caso, da mesma forma que Dworkin, Alexy rechaça a teoria segundo a qual entre regras e princípios há apenas uma diferenciação gradual, o que equivaleria admitir que os princípios nada mais são do que regras com um alto nível de generalidade”.

[...] Essa tese é correta. Há um critério que permite que se distinga, de forma precisa, entre regras e princípios. Esse critério não se encontra na lista apresentada acima, mas declara a maioria dos critérios tradicionais nela contidos como típicos, ainda que não decisivos, dos princípios¹¹³.

É perceptível que os critérios clássicos de distinção entre regras e princípios poderiam desempenhar alguma função esclarecedora se aplicados isoladamente, mas não sem receber críticas. Porém, considerando a possibilidade de uma norma jurídica ser avaliada sob o olhar dos diversos critérios, ao final a classificação resultante dessa operação mais confunde do que esclarece.

Adotando o critério qualitativo para distinguir regras e princípios, estes são classificados por Alexy da seguinte forma:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes¹¹⁴.

Silva explica que para se chegar ao resultado ótimo de um princípio quando em conflito com outro, muitas vezes é necessário limitar a realização de um ou de ambos. A expressão de direitos ou de deveres *prima facie* veiculados por princípios tem essa conotação, e somente após resolver a tensão existente entre os princípios colidentes é que será possível definir a extensão da realização dos direitos e dos deveres albergados por eles¹¹⁵.

¹¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90. Ver, ainda, CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**, p. 87: “O critério gradualista-qualitativo defendido por Alexy consiste em conferir aos princípios o caráter jurídico de mandamento de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas”.

¹¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1, 2003. p. 611.

As regras, na conceituação de Alexy,

[...] são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio¹¹⁶.

A distinção entre as espécies normativas acima conceituadas fica mais evidente, segundo Alexy, nos casos de colisão entre princípios e de conflito entre regras. De comum, ambas tem o fato de que, aplicadas isoladamente, cada norma conduziria a resultado diverso¹¹⁷.

De duas formas pode ser resolvido o conflito entre regras. A primeira é introduzir uma regra de exceção em uma das regras em conflito, eliminando a contradição. A segunda forma é declarar uma das regras inválidas, cabendo aqui a advertência de Alexy: “ [...] Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável [...]”¹¹⁸.

A colisão entre princípios, por outro lado, não conduz à invalidade de um deles. Compreendidos como mandamentos de otimização¹¹⁹, que dependem das

¹¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 91.

¹¹⁷ “Robert Alexy, no capítulo terceiro de sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, a partir da proposta de Dworkin, propõe conceitos mais técnicos: as regras são *determinações* no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas, os princípios são *mandados de otimização* no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas. Em trabalho específico sobre o tema, Alexy observa que a *regra do tudo ou nada* não funciona como aparentemente parece funcionar. Uma regra pode não ser aplicada e continuar vigente e válida apesar de inexistir outra regra superior, posterior ou especial. Isso porque por trás de toda regra está um princípio e este pode colidir com princípios opostos levando ao afastamento da regra. Dessarte: a ponderação de princípios pode levar ao estabelecimento de uma exceção implícita à regra; logo, regras não são afastadas apenas por outras regras, mas também pela ponderação de princípios.” MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5. n. 2. mai/ago. 2018. p.143.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 92.

¹¹⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 95. Em nota de rodapé, o autor traça uma distinção fundamental entre o mandamento de otimização e o dever de maximização, que repercute diretamente no cumprimento das determinações definidas por meio de princípios, nos seguintes termos: “Aqui será considerada apenas a constelação que surge do caso a ser solucionado e de ambos os princípios. Se se deixa de lado um dos princípios colidentes, a referência às possibilidades jurídicas perde seu significado. De mandamento de otimização, o princípio seria transformado em mandamento de maximização relativo apenas às possibilidades fáticas. Isso conduz

circunstâncias fáticas e jurídicas para sua realização, os princípios jurídicos podem ser realizados em graus variados.

[...] Se dois princípios colidem [...], um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência [...] ¹²⁰.

Para resolver as tensões que surgem no momento da aplicação de determinadas normas jurídicas - os princípios -, Alexy cunhou a lei de colisão, segundo a qual “[...] o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto* [...]” ¹²¹.

Como estão em relação entre si, os princípios entram em tensão, quando então um impõe restrições ao outro. É a isto que Alexy faz referência ao dizer que os princípios são mandamentos de otimização que devem ser cumpridos de acordo com as possibilidades jurídicas.

[...] A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências

à ideia geral segundo a qual os princípios, se isoladamente considerados – isto é, independentemente de sua relação com outros princípios -, têm natureza de mandamento de otimização. Em virtude disso, alguém poderia pensar em definir os princípios como mandamentos de maximização, ao invés de mandamentos de otimização. Mas essa definição não contemplaria a relação constitutiva que os princípios têm com outros princípios. Seria, então, necessário ou expandi-la, por meio de uma regra de otimização ou mandamento de maximização, ou suplementá-la, por meio de uma definição como mandamento de otimização que abarcasse a conexão entre os princípios. Diante disso, a definição geral aqui escolhida – princípios como mandamentos de otimização – tem a vantagem da simplicidade. Além disso, ela não exclui, se for conveniente, a adoção de um ponto de vista no qual princípios sejam considerados em si mesmos ou de forma isolada, o que ao longo do texto ocorrerá com frequência”.

¹²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 93-94.

¹²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 95. Conferir o posicionamento crítico de ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 52, que dentre outras considerações, afirma que a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. Ao contrário, as regras também são ponderáveis em diversas circunstâncias. No mesmo sentido é também o posicionamento de NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais, p. 79.

condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária¹²².

A questão que se coloca é: quais condições são decisivas para que um princípio prevaleça sobre o outro? Alexy explica:

[...] Esses interesses não têm um peso quantificável. Por isso, é necessário indagar o que se quer dizer quando se fala em “pesos”. O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio *P1* tem um peso maior que o princípio colidente *P2* sob as condições *C*, presentes nesse caso concreto [...].

Ávila critica a atribuição de peso aos princípios, afirmando que o peso não é algo incorporado a um determinado tipo de norma¹²³.

Esse posicionamento parece decorrer da incompreensão do pensamento de Alexy, pois ele não atribui peso aos princípios em si, mas sim às circunstâncias do caso concreto que condicionam a realização dos princípios. Do sopesamento dos interesses, segundo Alexy, pode ser estabelecida uma regra que explica a precedência dos princípios em situações determinadas, segundo a qual “se uma ação preenche as condições *C*, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”¹²⁴.

Outra distinção que pode ser estabelecida entre princípios e regras diz respeito ao caráter *prima facie* de uns e outras. Do escólio de Alexy tem-se:

[...] Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um

¹²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 96.

¹²³ “[...] A dimensão de peso não é algo que já esteja *incorporado* a um tipo de norma. As normas não regulam sua própria aplicação. Não são, pois, os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto [...]” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 59.

¹²⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 98.

determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas¹²⁵.

Ao contrário, as regras exigem que algo seja feito exatamente como elas ordenam. Portanto, elas estabelecem de forma definitiva a extensão do seu conteúdo, no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas estabelecidas pelo legislador. “Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorre, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve”¹²⁶.

Princípios são sempre razões *prima facie*, enquanto as regras são sempre razões definitivas, se não houver o estabelecimento de uma regra de exceção.

A teoria de Alexy, apesar das críticas a ela formuladas, possui a qualidade de estabelecer e indicar critérios que possibilitam a identificação das espécies normativas que compõem um sistema jurídico, o que deve ocorrer a partir da conclusão do processo de interpretação das normas.

1.1.5 A natureza jurídica das normas constitucionais urbanísticas

A base constitucional da política de desenvolvimento urbano está plasmada no art. 182 do texto constitucional, a qual exige uma atuação conjunta entre a União e os municípios voltada para a gestão urbana sustentável.

Como destaca Bodnar, a vida acontece na cidade, local em que ocorrem conflitos, potencialidades e demandas cada vez mais complexos. Neste ambiente os desafios são mais intensos e qualificados, devendo-se pensar a cidade a partir de

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 103-104.

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 104.

uma abordagem temporal ampliada, que não desconsidere o “passado, a oportunidade de ação imediata no presente e as incertezas do futuro; compreendida na perspectiva multicultural e planejada de forma inteligente e estratégica”¹²⁷.

Essa nova realidade dos centros urbanos, a exigir que as normas jurídicas dispensem tratamento diferenciado às cidades, acarretou a evolução do conceito de urbanismo, do estético para o social.

Leciona Meirelles que nos primórdios o urbanismo era considerado unicamente como a arte de embelezar a cidade, na concepção francesa. Posteriormente, o conceito francês foi superado pela concepção inglesa de desenvolvimento pleno, voltado para a integração entre o homem e a natureza, visando ao atingimento do bem-estar da coletividade em qualquer meio¹²⁸.

O aspecto estético das cidades, apesar de sua importância, se mostra insuficiente para organizar a vida moderna dos centros urbanos, e o texto constitucional levou essa nova realidade em consideração ao criar as bases para o direito urbanístico¹²⁹.

O direito urbanístico é formado por regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais, criando um bloco normativo a partir do qual as ações estatais devem ser planejadas e executadas.

Com fundamento no direito espanhol, Silva indica cinco princípios de direito urbanístico os quais, em sua percepção, foram acolhidos direta ou

¹²⁷ BODNAR, Zenildo. **Direito à cidade**: por uma epistemologia interdisciplinar emancipatória. **Direito, desenvolvimento urbano e meio ambiente**. Coordenadores Paulo de Tarso Brandão, Davi do Espírito Santos; organizadores Maria Cláudia Silva Antunes de Souza, Gilson Jacobsen. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2016. p. 155.

¹²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 10. ed. atual. por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 388-389. O autor conceitua urbanismo da seguinte maneira: “Para nós, *Urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade*. Entendam-se por espaços habitáveis todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: *habitação, trabalho, circulação, recreação*”.

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 36. “O *direito urbanístico* é produto das transformações sociais que vêm ocorrendo nos últimos tempos. Sua formação, ainda em processo de afirmação, decorre da nova função social do Direito, consistente em oferecer instrumentos normativos ao Poder Público a fim de que possa, com respeito ao princípio da legalidade, atuar no meio social e no domínio privado, para ordenar a realidade no interesse da coletividade [...]”.

indiretamente pelo Estatuto da Cidade¹³⁰.

São os seguintes os princípios enumerados pelo autor: a) o princípio de que o urbanismo é uma função pública; b) o princípio da conformação da propriedade urbana pelas normas de ordenação urbana; c) o princípio da coesão dinâmica das normas urbanísticas; d) princípio da afetação das mais-valias; e, e) princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística.

A natureza jurídica principiológica indicada acima é passível de crítica à luz da teoria alexyana, segundo a qual princípios jurídicos são mandamentos de otimização que determinam que algo seja realizado na maior extensão possível, atendidas as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.

Partindo dessa premissa teórica, adotada aqui para fins de estabelecimento da natureza jurídica das normas constitucionais urbanísticas, o primeiro princípio indicado por Silva - o princípio de que o urbanismo é uma função pública -, não possui natureza jurídica de princípio. Isso porque não é possível sustentar, sob o ponto de vista da teoria do direito, que as competências determinadas constitucionalmente comportem qualquer tipo de ampliação ou restrição, de acordo com as possibilidades fáticas ou jurídicas. As competências são determinadas peremptoriamente, possuindo a natureza jurídica de regra constitucional.

Em sua tipologia das normas constitucionais, Miranda classifica as normas definidoras de competência como normas-regras orgânicas ou organizativas, de natureza jurídica bem diversa das normas-princípios¹³¹.

Quanto ao segundo princípio indicado pelo autor - o da conformação da propriedade urbana pelas regras de direito urbanístico -, conforme será analisado mais à frente ele se identifica com o princípio da função social da propriedade.

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**, p. 44-45.

¹³¹ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 281. Esta questão é tratada com mais propriedade no item 1.1.1 desta dissertação.

Todavia, apesar de ter sido acolhido pelo Estatuto da Cidade¹³², esse princípio possui assento constitucional, o que acarreta consequências significativas para a interpretação e aplicação do direito.

O princípio da coesão dinâmica das normas urbanísticas, o terceiro princípio referido por Silva, está mais para uma das características das normas jurídicas em geral do que para princípio jurídico.

Ao escrever sobre as antinomias jurídicas e a necessidade de sua resolução nos ordenamentos jurídicos, Bobbio afirma:

No capítulo precedente, falamos da *unidade* do ordenamento jurídico e mostramos que se pode falar de unidade desde que se pressuponha à base do ordenamento uma norma fundamental à qual possam remontar, direta ou indiretamente, todas as normas do ordenamento. O ulterior problema que se nos apresenta é se o ordenamento jurídico, além da unidade, constitui também um *sistema*, em resumo, se se trata de uma *unidade sistemática*. Entendemos por “sistema” uma *totalidade ordenada*, isto é, um conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de ordem, é necessário que os entes constitutivos não estejam em relação apenas com o todo, senão que também estejam em relação de coerência entre eles. Pois bem, quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, perguntamos se as normas que o compõem estão em relação de coerência entre elas, bem como quais condições tornam possível essa relação¹³³.

Entendida a coesão dinâmica como princípio, deveria ser ela considerada princípio geral do direito¹³⁴, e não como princípio específico do direito urbanístico,

¹³² Cf. BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. **Portal da Legislação**. Brasília, jul. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10257.htm>. Acesso em 07 de out. 2019.

¹³³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 77.

¹³⁴ Ancorado em Bobbio e invocando a tese da descontinuidade, Streck combate a categoria dos princípios gerais do direito ao afirmar: “Evidentemente, essa tese é problemática, uma vez que funda o problema das vaguezas a ambiguidades em uma razão prática ainda prisioneira do solipsismo do sujeito epistemológico da modernidade. Essa problemática é facilmente identificável na teoria da argumentação jurídica que entende que os princípios são mandados de otimização. No fundo, isso implica, afirmar uma continuidade (ou sobrevida) dos velhos princípios gerais, agora acrescentados/recheados com predicados morais, tanto é que, em determinados momentos e circunstâncias, a moral ainda se sobrepõe ao direito (pensemos na fórmula Radbruch, apoiada por autores do porte e da importância de Alexy).” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30.

porque não é apenas este ramo do direito que deve possuir a característica da coesão e coerência.

O quarto princípio mencionado por Silva é o da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação. Por esse princípio, os proprietários de imóveis devem satisfazer os gastos da urbanificação, nos limites dos benefícios acarretados para cada um deles. O autor diferencia a urbanização da urbanificação, sendo aquela um fenômeno moderno decorrente do processo de industrialização, que acarreta diversos problemas decorrentes da ocupação dos centros urbanos, enquanto este é o “processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana [...] ou na criação artificial de núcleos urbanos”¹³⁵.

É questionável a existência desse princípio como inerente ao direito urbanístico, por acarretar a transferência dos custos do desenvolvimento e da expansão urbana a grupos determinados, diante da dificuldade prática de se apurar com relativa segurança quem são os beneficiados pelo processo de urbanificação¹³⁶.

Além disso, o autor não explica o processo pelo qual o Poder Público obteria os recursos financeiros necessários para a execução das políticas de desenvolvimento urbano, tampouco o que ocorreria em relação aos cidadãos que não dispõem de condições financeiras para tanto.

O último princípio citado por Silva é o da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística. Embora o autor não desenvolva o conteúdo desse princípio, pode-se vislumbrar sua identidade com o princípio da igualdade, o qual não é específico do direito urbanístico. A igualdade¹³⁷, enquanto

¹³⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**, p. 26-27.

¹³⁶ Não se pode olvidar que a Constituição da República prevê a possibilidade de os entes da federação instituírem e cobrarem a Contribuição de Melhoria, em seu art. 145, III, cujo fato gerador da obrigação tributária é a valorização imobiliária decorrente de obra pública. Apesar disso, entende-se que a política de desenvolvimento urbano não pode ficar refém das dificuldades práticas geradas pela obtenção de recursos necessários para a sua execução.

¹³⁷ “O princípio da isonomia da Administração não necessita, pra seu fundamento, da invocação de cânones de ordem moral. Juridicamente se estriba na convincente razão de que os bens manipulados pelos órgãos administrativos e os benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda comunidade, embora por ela geridos, e benefícios a que todos igualmente fazem jus, uma vez que os Poderes Públicos, no Estado de Direito, são simples órgãos representante de todos os cidadãos”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed., rev. e atual. até a EC 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 81.

princípio constitucional, deverá ser observada em todos os ramos do direito, diante da eficácia irradiante da Constituição da República.

Qualquer teoria jurídica deve pressupor a igualdade, sob pena de ter a sua legitimidade questionada. Nas palavras de Sem,

Existe algum significado especial associado a essa semelhança formal em querer a igualdade de alguma coisa, algo que cada teoria normativa considera muito importante? É tentador pensar que isso deve ser uma coincidência, já que as semelhanças são totalmente formais e não dizem respeito à substância da “igualdade de quê”. Ainda assim, a necessidade de alguma fórmula igualitária para defender uma teoria indica a importância amplamente atribuída a não discriminação, que pode ser vista como motivada pela ideia de que, na ausência desse requisito, uma teoria normativa seria arbitrária e tendenciosa [...]¹³⁸.

Silva deixa claro que estes princípios estão previstos na legislação espanhola, os quais teriam sido incorporados ao Direito brasileiro pelo Estatuto da Cidade. Portanto, são princípios que não encontram, necessariamente, assento em nossa Constituição, surgindo problemas relacionados à hierarquia entre princípios caso eles estejam realmente positivados em normas infraconstitucionais.

Alexy pontua esta problemática ao afirmar:

A atribuição de princípios às disposições da Constituição tem relevância sobretudo para a questão de sua hierarquia constitucional. Mas também os princípios que, por seu conteúdo, não podem ser atribuídos a nenhuma disposição constitucional são relevantes do ponto de vista dos direitos fundamentais. Inúmeras cláusulas de restrição incluem uma autorização ao legislador para que ele próprio decida por qual princípio quer se orientar, ou seja, uma autorização para restringir direitos fundamentais com base em princípios cuja realização, do ponto de vista da Constituição, não é obrigatória [...]¹³⁹.

Compreendido o desenvolvimento urbano sustentável como um direito

¹³⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.327.

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 137.

fundamental¹⁴⁰, os princípios estabelecidos na legislação infraconstitucional e comprometidos com a sua realização – do direito fundamental -, especialmente os indicados no Estatuto da Cidade, passam a ser atribuídos diretamente ao texto constitucional, com autorização expressa depreendida da interpretação sistemática dos art. 5º, § 2º, e 182, da Constituição da República.

Como o objetivo definido para esta pesquisa, neste primeiro capítulo, é estabelecer a natureza jurídica das normas constitucionais urbanísticas dos art. 182 e 183 da Constituição da República, como condição para a análise dos limites expressos e imanentes à intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano, a análise das normas infraconstitucionais não estará aqui contemplada.

A definição da natureza jurídica das normas constitucionais de desenvolvimento urbano terá por base a teoria de Alexy, especialmente sua concepção de princípios e regras. Conforme analisado no item 1.1.4, a natureza jurídica de princípio ou de regra de uma norma jurídica é inerente à própria norma, entendida esta como o resultado da interpretação normativa¹⁴¹.

Para Alexy, princípios são mandamentos de otimização, caracterizados pela possibilidade de serem satisfeitos em graus variados e que determinam que algo seja feito na maior extensão possível, atendidas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. As regras, por sua vez, encerram uma razão definitiva, que impõe que algo seja realizado na exata medida do que ela exige¹⁴².

A política de desenvolvimento urbano está disciplinada no Capítulo II do Título VII, do texto constitucional, que versa sobre a ordem econômica e financeira. Apesar da sua posição topológica, as normas de direito urbanístico possuem estreita

¹⁴⁰ A análise do desenvolvimento urbano sustentável como direito fundamental será realizada no segundo capítulo.

¹⁴¹ Além do que já foi exposto no item 1.1.4 sobre a distinção entre texto e norma, cabe aqui a referência de ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 30: “*Normas não são textos nem conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos [...]*”.

¹⁴² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90-91.

relação com as normas sociais e ambientais¹⁴³.

O quadro normativo das políticas de desenvolvimento urbano na Constituição está estruturado em apenas dois artigos. O art. 182 possui a seguinte redação:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais¹⁴⁴.

A interpretação que se extrai do art. 182, *caput*, do texto constitucional, evidencia que o poder público municipal deverá executar a política de desenvolvimento urbano seguindo as diretrizes fixadas em lei de competência da União, que definirá as diretrizes gerais¹⁴⁵.

¹⁴³ Cf. MILARÉ, Édis. **Direito ambiental: a gestão ambiental em foco**: doutrina, jurisprudência e glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 649-652.

¹⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 out. 2019.

¹⁴⁵ A Lei federal nº 10.257/2001 estabelece as diretrizes gerais em seu art. 2º. Conferir, a respeito, a análise empreendida por MEDAUAR, Odete. Diretrizes Gerais. **Estatuto da Cidade**: Lei 10.257, de 10.07.2001. Coord. Odete Medauar e Fernando Dias Menezes de Almeida. 2. ed. rev., atual. e ampl.

A política de desenvolvimento urbano deve ser desenvolvida de modo a propiciar o pleno desenvolvimento das cidades, qualificado pela sustentabilidade e voltado ao bem-estar de seus habitantes. Dessa previsão constitucional se identifica duas regras e dois princípios de direito urbanístico.

A primeira regra estabelece a competência legislativa atribuída à União para definir as diretrizes gerais a serem observadas pelos municípios, quando da execução da política de desenvolvimento urbano. No exercício dessa competência, a União poderá estabelecer diversos outros princípios norteadores das políticas de desenvolvimento urbano¹⁴⁶, os quais são atribuídos diretamente à Constituição, dependendo da sua fundamentalidade para a promoção de direitos fundamentais.

A segunda regra estabelece uma competência municipal legislativa e uma competência material, ou administrativa. A competência legislativa possui estreita ligação com o disposto no § 1º do art. 182, e diz respeito à elaboração do plano diretor, o qual norteará a política de desenvolvimento e expansão urbanos. A competência material ou administrativa está relacionada com a execução da política de desenvolvimento urbano. Vale dizer, diz respeito às atividades materiais voltadas para a plena operacionalização das normas e dos planos de desenvolvimento urbano sustentável.

Percebe-se, aqui, que as normas definidas pela interpretação não deixam abertura quanto ao alcance da determinação constitucional: a competência legislativa para editar normas gerais é da União. A competência legislativa para editar o plano diretor é dos municípios, assim como a competência material para tornar efetiva a política de desenvolvimento urbano. Ou a União e os municípios cumprem o comando constitucional na exata medida das normas estabelecidas ou eles não cumprem, quando então estará caracterizada a omissão inconstitucional.

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 25-37. Ver, também, OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao estatuto da cidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 21-28.

¹⁴⁶ Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 371. O autor afirma que a Lei nº 10.257/2001 foi editada com o objetivo de regulamentar os art. 182 e 183 da Constituição da República, com vistas a regular o uso da propriedade urbana em benefício da coletividade, da saúde, da segurança e do bem-estar de todos. Ainda para o autor, no art. 2º, esse diploma legal estabelece diretrizes da política urbana, as quais devem ser entendidas como princípios.

Os princípios decorrentes do *caput* do art. 182, identificados por meio da sua interpretação, são os do desenvolvimento sustentável¹⁴⁷ e do bem-estar social.

Milaré explica que a Constituição consagra de modo inequívoco o princípio do desenvolvimento urbano, com a marca da sustentabilidade, o que demanda a sua associação com os princípios da ordem econômica e social, além do meio ambiente, o que

[...] enseja claramente a necessidade de se procurar um equilíbrio ou harmonia entre os fatores sociais, ambientais e econômicos, ao exigir-lhes proporção adequada e racional, sempre em busca da qualidade de vida, principalmente no ambiente urbano, que o homem moderno escolheu para seu habitat e nele viver e desenvolver-se¹⁴⁸.

Do § 1º do art. 182 a interpretação que se extrai é a da que a competência legislativa para editar o plano diretor é dos municípios¹⁴⁹. O comando deôntico extraído dessa previsão constitucional aponta para a existência de uma faculdade para os municípios com menos de vinte mil habitantes, e para uma obrigação para os municípios com número de habitantes superior a vinte mil. O conteúdo do plano diretor deve, segundo a previsão constitucional, propiciar o desenvolvimento e a expansão urbana de forma sustentável.

A natureza jurídica dessa norma é de regra, pois encerra uma razão definitiva de atuação, que deve ser cumprida exatamente como determinado pelo comando constitucional. Nesse sentido, para os municípios com até vinte mil

¹⁴⁷ Para análise mais aprofundada dos aspectos nucleares exigidos pelo novo paradigma introduzido pela sustentabilidade, conferir FREITAS, Jurez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 33-37, do qual se extrai a seguinte passagem: “Concebido desse modo, isto é, como *determinação ético-jurídica*, o princípio constitucional da sustentabilidade estatui, com eficácia direta e imediata, em primeiro lugar, o *reconhecimento da titularidade dos direitos daqueles que ainda não nasceram*. Em segundo lugar, *impõe assumir a ligação de todos os seres, acima das coisas, e a inter-relação de tudo*. De fato, uma das ligações mais significativas das ciências ambientais é de que *todas as coisas são interdependentes*. Em terceiro lugar, o princípio determina *sopesar os benefícios, os custos diretos e as externalidades, ao lado dos custos de oportunidade, antes de cada empreendimento*”.

¹⁴⁸ MILARÉ, Édis. **Direito ambiental**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência e glossário, p. 651.

¹⁴⁹ Cf. MILARÉ, Édis. **Direito ambiental**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência e glossário, p. 670-672, para quem o plano diretor enquanto instrumento básico de política de desenvolvimento e expansão urbana, além de ter que considerar integralmente o território do município, vai muito além de simplesmente disciplinar a ocupação do solo.

habitantes, se for exercida a faculdade assegurada pelo preceito constitucional o plano diretor deve ser editado de forma a conduzir ao desenvolvimento urbano sustentável e à expansão urbana. Editado um plano diretor que não conduza ao atingimento desses objetivos, estará ele inquinado de inconstitucionalidade.

Para os municípios com mais de vinte mil habitantes, torna-se obrigatória a edição do plano diretor, de competência dos municípios e de nenhum outro ente federado, cujo conteúdo deve estar alinhado com os escopos constitucionais.

O § 2º do art. 182 possui a natureza jurídica de princípio constitucional, o da função social da propriedade, segundo o qual a propriedade perde o seu caráter de direito absoluto voltado à realização dos interesses egoísticos do seu titular, e passa a ser um direito condicionado ao atingimento de fins e interesses públicos.

O § 3º do art. 182 contém um comando deôntico que impõe uma obrigação ao Poder Público, no sentido de, nas desapropriações¹⁵⁰ por ele promovidas, pagar previamente e em dinheiro o valor justo referente ao bem desapropriado.

A interpretação desse dispositivo constitucional evidencia que nas hipóteses de desapropriação o Poder Público tem o dever de pagar previamente o valor devido. Ou seja, não há graduações possíveis no cumprimento da norma. Ou ela é cumprida nos exatos termos da norma constitucional ou a desapropriação será ilegítima. Portanto, essa norma tem a natureza jurídica de regra constitucional¹⁵¹.

Pelo § 4º do art. 182, o Poder Público tem a faculdade de impor ao proprietário de imóvel localizado em área urbana a obrigação de dar-lhe a devida destinação, de acordo com o estabelecido em lei, aprovada em consonância com o

¹⁵⁰ Para FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. rev., apl. e atual. até 31.12.2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 820. a “*Desapropriação* é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiros, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização”. No Brasil, a desapropriação está regulada no Decreto-Lei nº 3.365/1941.

¹⁵¹ Sobre a viabilidade jurídica de desapropriação de imóveis pertencentes à União e aos Estados, por parte dos Municípios, ver CARVALHO, Édson. A desapropriação de bens públicos pelos municípios e o desenvolvimento urbano. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, v. 4, n. 2, p. 101-116. jul/dez. 2018. Consultar, também, ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

plano diretor.

Embora o aproveitamento do solo urbano comporte diversas gradações, o comando constitucional possui a natureza jurídica de regra. Isso porque a faculdade conferida aos municípios é no sentido de exigir ou não exigir o adequado aproveitamento do solo urbano dos respectivos proprietários. Exercida a faculdade e não sendo dada a devida destinação ao imóvel o Poder Público deverá aplicar as sanções previamente estabelecidas no referido dispositivo.

Não existem outras possibilidades de execução do comando constitucional. Ou a faculdade é exercida pelos municípios nos exatos termos da norma, com as consequências nela previstas em caso de não ser dada ao imóvel a devida destinação, ou a faculdade não é exercida e, nesta hipótese, não se pode falar em descumprimento de qualquer obrigação pelo proprietário do imóvel.

Quanto ao art. 183 da Constituição, a sua redação é a seguinte:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião¹⁵².

Essa previsão constitucional encampa novidade trazida pela Constituição da República, motivado pelo quadro caótico acarretado pela insuficiência de moradia no país. O seu objetivo “é cumprir a função social da propriedade urbana, atendendo ao apelo proveniente de vários movimentos sociais e pressões de favelados quando

¹⁵² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 out. 2019.

da feitura do Texto de 1988”¹⁵³.

Como modalidade de aquisição originária da propriedade¹⁵⁴, para adquirir o domínio por meio da usucapião especial regulado neste dispositivo constitucional o interessado deverá satisfazer a todos os requisitos elencados no art. 183 da Constituição. Ou eles são satisfeitos integralmente e, neste caso, o interessado adquire a propriedade, ou não os preenche e, nesta hipótese, não haverá a aquisição da propriedade por meio da usucapião especial. Não há outras possibilidades interpretativas passíveis de acolhimento pelo referido dispositivo constitucional. Portanto, a natureza jurídica do art. 183 é de regra.

¹⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.511.

¹⁵⁴ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direitos das coisas**. vol. 5. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 249 e 251-274, que elenca as diversas espécies de usucapião.

CAPÍTULO 2

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL

O Poder Público se vê diante de grandes problemas que afetam a organização das cidades e comprometem o desenvolvimento social, o bem estar da população e a sustentabilidade urbana.

Problemas como mobilidade urbana, desemprego, segurança pública, gestão dos recursos naturais, destinação de resíduos sólidos, vazios urbanos dentre outros, aliados à falta de planejamento e de políticas de desenvolvimento urbano adequadas, criam um cenário desolador e contribuem para a expansão insustentável das cidades, agravando os problemas já existentes e criando outros mais.

As cidades são o centro da vida moderna e sua criação e desenvolvimento requer muito mais do que apenas edifícios e moradores, o que exige planejamento e gestão eficiente dos seus diversos elementos.

Rolnik aponta que as cidades abarrotadas de migrantes em uma sociedade comandada pela agricultura, transformaram-se em metrópoles complexas e diversificadas. Como consequência,

[...] ao percorrer as cidades, ali está presente o mar de conjuntos habitacionais populares que o léxico da língua portuguesa falada no Brasil denominou “os BNHs”. Para lá foram removidos os “invasores” das zonas centrais, em fronteiras recém-abertas ou precariamente consolidadas de “não cidades”. Ali estão as favelas e ocupações, resistindo bravamente em sua estratégia de pertencer e não pertencer ao mesmo tempo, atingidas periodicamente por ondas de violência ou mãos caridosas¹⁵⁵.

A lógica da exclusão denunciada pela autora persiste nos centros urbanos, comandada por interesses privados¹⁵⁶, de um lado, e do outro exigindo

¹⁵⁵ ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 367.

¹⁵⁶ ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**: a colonização da terra e da moradia na era das finanças, p. 368.

ações efetivas do Poder Público, voltada para o desenvolvimento e expansão urbanos como garantia do bem-estar de seus habitantes¹⁵⁷.

Nascimento e Santos destacam que

O espaço da cidade é perpassado de fluxos, passagens, histórias e paisagens. São processos formais e informais de constituição: históricos, econômicos, sociais, políticos e subjetivos. Todos eles confluem para uma apreensão importante: a transformação pela ação humana. São esses traços que configuram metrópoles abarrotadas de pessoas, de carros, de prédios, de conflitos. O espaço urbano aparenta presenciar hoje uma espécie de movimento de legitimação: ações de apropriação e intervenção são desenvolvidas na tentativa de revitalizar ou de ressignificar espaços, convidando a população a participar do processo de “feitura” da cidade. Em alguns casos essas ações resultam no movimento oposto: a valorização de um espaço renovado que nos leva a processos de gentrificação. Em outros, as ações são efêmeras, instantâneas: ou possibilitam a criação de espaços de apreensão, tais como as intervenções artísticas, ou as que giram em torno da criação de espaços de compartilhamento que tenham as atividades artísticas como dispositivos de ligação, de funcionamento¹⁵⁸.

A vida moderna ocorre nas cidades e as sociedades apresentam características cada vez mais complexas. Esta realidade não experimentará retrocesso ao modo de vida existente nos primórdios das primeiras organizações sociais e o Poder Público deve estar preparado para enfrentar os desafios e resolver os problemas públicos decorrentes deste estágio evolutivo dos agrupamentos humanos¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Conforme analisado no item 1.1.5, as normas constitucionais de desenvolvimento urbano exigem que este ocorra de forma sustentável. Como direito fundamental, o direito ao desenvolvimento sustentável requer a atuação eficaz do Poder Público, consoante o disposto no art. 182 do texto constitucional.

¹⁵⁸ NASCIMENTO, Elaine Cristina Maia; SANTOS, Rodrigo Gonçalves dos. Urbgrafias ou cartografias da produção de um devir cidade. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo**. FAUUSP. São Paulo, v. 24, nº 43. 2017. p. 128.

¹⁵⁹ “O campo próspero da psicologia evolutiva afirma que muitas de nossas características psicológicas e sociais do presente foram moldadas durante essa longa era pré-agrícola. Ainda hoje, afirmam especialistas da área, nosso cérebro e nossa mente são adaptados para uma vida de caça e coleta. Nossos hábitos alimentares, nossos conflitos e nossa sexualidade são todos consequência do modo como nossa mente de caçadores-coletores interage com o ambiente pós-industrial de nossos dias, com megacidades, aviões, telefones e computadores. Esse ambiente nos dá mais recursos materiais e vida mais longa que a desfrutada por qualquer geração anterior, mas também nos faz sentir alienados, deprimidos e pressionados. Para entender por quê apontam os psicólogos evolutivos, precisamos nos aprofundar no mundo de caçadores-coletores que nos moldou, o mundo

A Constituição da República, sensível a esta situação, estabelece o direito fundamental ao desenvolvimento urbano sustentável, assinalando aos municípios a competência para criar e implementar as políticas públicas de desenvolvimento urbano e expansão urbana.

Para verificar como ocorrerá o desempenho dessas competências, faz-se necessário investigar a atribuição constitucional das competências legislativa e administrativa na área urbanística.

2.1 A ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA URBANÍSTICA

A investigação da competência constitucional para a produção legislativa e para o exercício de funções administrativas se mostra de grande importância para a delimitação do âmbito de ação de cada um dos poderes constituídos.

O transbordo dos limites gizados pelo texto constitucional caracterizará a usurpação de competência e acarretará a nulidade dos atos praticados fora desses limites. Por outro lado, o exercício incompleto, insuficiente ou inadequado das competências atribuídas pelo texto constitucional poderá caracterizar a inconstitucionalidade por omissão¹⁶⁰, autorizando a intervenção do Poder Judiciário¹⁶¹ para corrigir essas distorções.

que, subconscientemente, ainda habitamos.” HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – uma breve história da humanidade**. Trad. Janaína Marcoantonio. 19. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017. p. 49.

¹⁶⁰ “A omissão inconstitucional pode decorrer de inércia de qualquer dos Poderes do Estado. Por exemplo, um ato de governo não praticado, embora exigido pela Constituição, implica em inércia inconstitucional. O mesmo ocorre quanto a não regulamentação das normas constitucionais operantes de ‘eficácia limitada’. Os preceitos constitucionais desprovidos de normatividade suficiente e demandantes de complementação disputam a atuação do legislador, que não pode permanecer omissos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 52.

¹⁶¹ Há muita controvérsia sobre a legitimidade do Poder Judiciário para decidir assuntos políticos e políticas públicas, infringindo a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Esta questão será analisada no terceiro capítulo, especialmente quando do enfrentamento do ativismo judicial.

Em um estado federado¹⁶², a atribuição de competências pelo texto constitucional é uma técnica indispensável para a manutenção da autonomia¹⁶³ dos entes que o compõem.

Dias destaca que a compreensão do complexo mecanismo de repartição das competências passa pela análise da forma de estado adotada pelo constituinte de 1988. Além disso, afirma a autora que

A descentralização política, constitucionalmente prevista, característica comum de todas as federações, operacionaliza-se por meio de um sistema de compartilhamento de poderes políticos que constitui, por essa mesma razão, um elemento imprescindível do compromisso federativo. Isto porque a autonomia política dos entes federativos, corolário da repartição de competências, compreende um plexo de capacidades, entre as quais a autonomia legislativa (capacidade para legislar dentro do espaço delimitado constitucionalmente) e a autonomia administrativa (capacidade para exercer funções administrativas dentro da esfera delimitada pela Constituição). A autonomia política revela-se como uma espécie de *modo-de-fazer-as-coisas-a-seu-modo* (*my way*) no espaço delimitado pela Constituição¹⁶⁴.

Ainda na percepção de Dias, a federação cumpre duas funções distintas, mas complementares dentro de um Estado Democrático de Direito: de um lado, limita o arbítrio pela divisão territorial do poder, e do outro fortalece a democracia, propiciando a aproximação entre os governantes e os governados¹⁶⁵.

Apesar da influência do federalismo norte-americano, o federalismo

¹⁶² A federação possui como característica a divisão do poder sobre determinado território, gerando uma multiplicidade de centros político-jurídico-administrativo. Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 98-99.

¹⁶³ A soberania é a caracterizada pela ausência de subordinação do poder a qualquer outra autoridade que lhe seja superior. A autonomia, por outro lado, é a prerrogativa conferida aos entes federados para compor o seu governo e organizar a sua administração. Cf. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13 ed. rev. aumente. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 259. Ver também MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**, p. 85. e, ainda, LEITE, Cristiane Kerches da Silva; FONSECA, Francisco. Federalismo e políticas sociais no Brasil: impasses da descentralização pós-1988. **Revista Organizações & Sociedade**, Salvador, v. 18. n. 56, jan-mar. 2011. p. 100, especialmente sobre a alteração da relação intergovernamental acarretada pela Constituição da República, em virtude do estabelecimento de políticas sociais descentralizadas.

¹⁶⁴ DIAS, Cibele Fernandes. Repartição de competências legislativas e administrativas. **Direito constitucional brasileiro: Organização do Estado e dos poderes**. vol. II. Coord. Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 122-123.

¹⁶⁵ Cf. DIAS, Cibele Fernandes. Repartição de competências legislativas e administrativas. **Direito constitucional brasileiro: Organização do Estado e dos poderes**, p. 124.

brasileiro está vinculado historicamente ao movimento republicano, tendo nascido como federalismo por segregação. O Estado Unitário do período Imperial se dividiu internamente, formando as Províncias, e estas ganharam autonomia política com a adoção do federalismo¹⁶⁶.

A forma como nasceu a federação brasileira explica a distribuição desproporcional das competências na Constituição da República, com a reserva de competências amplas à União, sejam administrativas, legislativas e tributárias, em detrimento dos demais entes federados¹⁶⁷.

Caldas aponta as contradições do modelo de federalismo adotado no Brasil com a Constituição de 1988, “pois atribuiu poderes iguais e competências descentralizadas, alto grau de autonomia, mas ao mesmo tempo, dependência do nível central em diversos aspectos”, instituindo um federalismo simétrico em uma federação assimétrica¹⁶⁸.

Dias aponta a existência de duas formas de federalismo, que combinadas entre si resultaram no modelo de federalismo adotado no Brasil: o federalismo dualista e o federalismo cooperativo.

O federalismo dualista, ou dual, é caracterizado pela justaposição entre os dois centros de governo. Neste modelo os centros de governo não sofrem interferências recíprocas, tampouco interpenetrações. Suas relações estão fundadas na justaposição dos ordenamentos da União e dos Estados. As atividades a serem desempenhadas pela União e pelos Estados estão devidamente demarcadas. No federalismo cooperativo os governos, federal e estadual, devem atuar de forma

¹⁶⁶ “A Federação brasileira é marcada, desde o princípio, ao contrário da americana, por uma proeminência política do governo central, em detrimento dos Estados. O presidencialismo forte em um país de abissais desigualdades regionais alimenta a ‘tendência de concentração de rendas e poderes – poderes não apenas políticos, mas político-jurídicos’ nas mãos da União. A federação assimétrica brasileira, ao distribuir desigualmente as competências entre seus entes, contará desde sempre com essa força centrípeta, que acaba por manter a produção jurídica mais relevante no âmbito da União”. DIAS, Cibele Fernandes. Repartição de competências legislativas e administrativas. **Direito constitucional brasileiro**: Organização do Estado e dos poderes, p. 125.

¹⁶⁷ Essa distorção fica evidente quando se confronta os deveres impostos pela Constituição aos municípios, mesmo que de forma indicativa (CRFB/88, art. 30, I), e as fontes tributárias de que dispõem.

¹⁶⁸ Cf. CALDAS, Maria Fernandes. O federalismo brasileiro e suas implicações na política urbana: notas a partir do caso do Programa de Aceleração do Crescimento. **Revista Política e Planejamento Regional**. Rio de Janeiro, v. 3, nº 1, jan/jun, 2016. p. 55.

conjunta ao intervirem na vida social. Este modelo de federalismo, destaca Dias, é mais centralizado, com evidente hegemonia federal mostrando-se, por isso, “mais adequado às necessidades do Estado intervencionista do século XX”¹⁶⁹.

Cabe destacar que somente com a Constituição de 1988 é que, no Brasil, os municípios aparecem compondo a federação, recebendo competências que lhes são próprias¹⁷⁰ e tornando o modelo brasileiro mais complexo.

Desses tipos de federalismo surgiram duas técnicas de repartição de competências, que são as seguintes: a) repartição horizontal, que consiste na atribuição de competências para cada ente da federação e que não se confunde com as atribuídas aos demais; e, b) repartição vertical, que consiste de atribuição da mesma competência a todos os entes que compõem a federação, havendo a divisão da matéria em níveis¹⁷¹.

A identificação das competências assinaladas pela Constituição aos entes federados não é tarefa fácil. De Canotilho colhe-se:

Por competência entender-se-á o poder de ação e de actuação atribuídos aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos.

A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas *tarefas* bem como os *meios* de acção (poderes) necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra¹⁷².

¹⁶⁹ “[...] Nota-se que nesse federalismo há uma ascendência da prerrogativa da União na tomada de decisões sobre políticas públicas (*policy scope*)”. DIAS, Cibele Fernandes. Repartição de competências legislativas e administrativas. **Direito constitucional brasileiro: Organização do Estado e dos poderes**, p. 126.

¹⁷⁰ Cf. CALDAS, Maria Fernandes. O federalismo brasileiro e suas implicações na política urbana: notas a partir do caso do Programa de Aceleração do Crescimento. **Revista Política e Planejamento Regional**, p. 55. Ver também MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**, p. 42, para quem “[...] a Constituição da República de 1988, corrigindo falta das anteriores, integrou o Município na Federação como *entidade de terceiro grau* (arts. 1º e 18), o que já reivindicávamos desde a 1ª edição desta obra, por não se justificar a sua exclusão, já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa brasileira”.

¹⁷¹ DIAS, Cibele Fernandes. Repartição de competências legislativas e administrativas. **Direito constitucional brasileiro: Organização do Estado e dos poderes**, p. 126.

¹⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 543.

A análise detida do pensamento de Canotilho é necessária porque sinaliza a existência de competências não expressas no texto constitucional¹⁷³.

Isso se dá porque em determinadas situações a constituição prevê certas competências materiais como sendo inerentes a determinado ente federativo, por exemplo, mas sem indicar que esse mesmo ente possui a competência para disciplinar a matéria no plano normativo. O mesmo se dá em relação à competência legislativa, sem a respectiva previsão da competência material (administrativa).

Porém, não se deve olvidar a lição de Canotilho no sentido de que em matéria de competências deve-se observar o princípio da conformidade funcional, segundo o qual o exercício das competências constitucionalmente definidas deve ocorrer dentro do quadro fixado pela Constituição.

O acolhimento da tese de que pode haver competências implícitas conflita diretamente com o conteúdo desse princípio, pois por meio da interpretação pode haver a modificação da “repartição, coordenação e equilíbrio entre os poderes, funções e tarefas inerentes ao referido quadro de competências”¹⁷⁴.

Essa problemática teve origem no direito norte-americano, onde foram concebidas três espécies de poderes, sendo elas os poderes decorrentes, os poderes implícitos e os poderes inerentes¹⁷⁵.

Para Canotilho, a força normativa da constituição não se coaduna com o

¹⁷³ Cf. a classificação apresentada por Canotilho e que engloba: (i) competência legislativa, executiva e judicial; (ii) competências constitucionais e legais; (iii) competências exclusivas, concorrentes e competências-quadro; (iv) competências implícitas e explícitas; (v) competências estaduais e comunitárias. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 546-550.

¹⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 547-548.

¹⁷⁵ Canotilho explica as características de cada uma dessas espécies. Para o autor, “[...] (1) poderes decorrentes ou emergentes: os poderes que derivam de uma leitura conjunta de todos ou alguns dos poderes conferidos especificamente pela constituição; (2) poderes implícitos: poderes não expressamente mencionados na constituição, mas adequados à prossecução dos fins e tarefas constitucionalmente atribuídos aos órgãos de soberania; (3) poderes inerentes ou essenciais, poderes pertinentes e indispensáveis ao exercício de funções de políticas soberanas”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 548. Cf. ainda, TOMIO, Fabrício Ricardo de Lima; ORTOLAN, Marcelo. Análise comparativa dos modelos de repartição de competências legislativas nos estados federados. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, nº 51. p. 85, que apontam a mudança do federalismo cooperativo norte-americano para um federalismo coercitivo, cuja ocorrência decorre do fortalecimento do governo federal.

reconhecimento de competências não escritas. Ressalva-se a hipótese de a própria constituição permitir o alargamento das competências definidas em seu texto, por obra do legislador ordinário, devendo ser rechaçado o reconhecimento de competências implícitas, resultantes ou inerentes, apartadas do texto constitucional¹⁷⁶.

Ao contrário, as competências implícitas que encontram ressonância no texto constitucional são legítimas e podem ser identificadas por meio de instrumentos metódicos de interpretação. Essas competências implícitas complementam as competências constitucionais explícitas, ocorrendo este fenômeno em duas hipóteses assim apresentadas por Canotilho:

[...] (1) *competências implícitas complementares*, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificável porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) *competências implícitas complementares*, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais¹⁷⁷.

A identificação de competências legislativas e administrativas implícitas deve, portanto, estar respaldada pelo texto constitucional. Em relação ao Poder Judiciário, as competências fixadas em nível constitucional, no Brasil, não podem ser ampliadas por meio da interpretação, nem mesmo pode ser reconhecida a existência de competências implícitas, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 549.

¹⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 549.

¹⁷⁸ Exemplificativa a este respeito, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa possui a seguinte redação, reproduzida aqui no ponto que interessa: “[...] A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO. – A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *números clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do

Em matéria de desenvolvimento urbano, deve-se observar a distribuição de competências normativas e administrativas (materiais) operacionalizada pela Constituição da República, buscando definir o âmbito de atuação privativa e concorrente dos entes federativos responsáveis por viabilizar o desenvolvimento urbano e a expansão urbana sustentável, sem desconsiderar a possibilidade de existirem competências implícitas.

2.1.1 Distribuição de competências normativas

Para distribuir as competências normativas entre os entes federados, a Constituição brasileira adotou um sistema complexo que, nas palavras de Silva, “[...] busca realizar o equilíbrio federativo [...]”, fundamentada na técnica da enumeração das competências da União, com a atribuição de competências remanescentes para os Estados, e indicativas para os Municípios¹⁷⁹.

Em linhas gerais, a competência legislativa da União está discriminada no art. 22¹⁸⁰ da Constituição da República, havendo a possibilidade de delegação aos

âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civil públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, *b e c*), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, *d*). precedentes.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Petição n. 1738/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Plenário. Brasília, 01 de outubro de 1999. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1763941>>. Acesso em 07 de out. 2019.

¹⁷⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 479.

¹⁸⁰ Cf. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 dez. 2019: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; II - desapropriação; III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; V - serviço postal; VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; VIII - comércio exterior e interestadual; IX - diretrizes da política nacional de transportes; X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; XI - trânsito e transporte; XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização; XIV - populações indígenas; XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de

Estados-membros e ao Distrito Federal por meio de lei complementar, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo.

Além dessa competência privativa assinalada para a União, o art. 24¹⁸¹ estabelece competência legislativa concorrente, cabendo à União a edição de normas gerais, podendo os Estados e o Distrito Federal editar normas específicas. Aos Municípios cabe a competência legislativa suplementar da legislação federal e estadual, nos termos do art. 30, inciso II.

No que tange ao direito urbanístico, é possível identificar no texto constitucional a existência de competência legislativa privativa, reservada à União e aos municípios, e uma competência legislativa concorrente, entre a União, os

estrangeiros; XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes; XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; XX - sistemas de consórcios e sorteios; XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares; XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; XXIII - seguridade social; XXIV - diretrizes e bases da educação nacional; XXV - registros públicos; XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza; XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; XXIX - propaganda comercial. Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

¹⁸¹ Cf. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 dez. 2019. “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude; XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

Estados e o Distrito Federal, restando aos municípios a competência legislativa suplementar.

No atual regime constitucional, compete à União editar normas gerais de direito urbano e estabelecer o plano urbanístico nacional e os planos urbanísticos macrorregionais, nos termos do art. 21, XX e XXI, e do art. 24, I e § 1º, todos do texto constitucional.

Aos Estados cabe dispor sobre as normas urbanísticas regionais, normas de ordenação do território estadual, suplementares das normas gerais estabelecidas pela União, nos termos do art. 24, I e § 2º; bem como o plano urbanístico estadual (plano de ordenação estadual).

Por sua vez, cabe aos municípios estabelecer a política de desenvolvimento urbano (CRFB, art. 182) e o seu plano diretor (CRFB, art. 30, VIII).

Conforme destaca Silva, as competências normativas reservadas aos municípios são diversas. Na hipótese do art. 23, III, IV e VI e 225, a competência é suplementar e exercida de acordo com o art. 30, II e IX, da Constituição. No caso da competência prevista no art. 182, a competência reservada aos municípios é privativa¹⁸², devendo ser respeitada pela União e pelos Estados.

Pode-se dizer, aliás, que em matéria de desenvolvimento urbano, existe uma competência legislativa concorrente não expressa no texto constitucional, entre a União e os municípios, decorrente do art. 182 do texto constitucional e segundo o qual compete à União editar as normas gerais de desenvolvimento urbano, cabendo aos municípios editar leis que operacionalizem tais políticas.

Problemas de ordem prática surgem em torno do conceito “normas gerais” de direito urbanístico, empregado no texto constitucional. Cabe, pois, investigar o que são “normas gerais” de direito urbanístico, tendo em vista que a inobservância dos limites dessa competência torna ilegítima a atuação do ente federado, caracterizando a usurpação de competência ou a inconstitucionalidade por omissão, em caso de ausência de regulação ou o seu exercício deficiente.

¹⁸² Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**, p. 65.

Para Silva,

A pesquisa do conceito de ‘normas gerais’ é necessária exatamente porque, como dissemos, a Constituição Federal conferiu à União a competência para seu estabelecimento, com observância obrigatória por todas as entidades públicas da Federação. Assim, elas se revelam como mecanismos limitadores da autonomia dos Estados e Municípios – razão por que não podem ser compreendidas em sentido estrito. A mesma razão é que orienta o intérprete no sentido de admitir que só são *normas gerais* – em sentido técnico de normas que se aplicam à União, Estados, Distrito Federal e Municípios – aquelas expressamente previstas, como tais, na Constituição¹⁸³.

O entendimento de Silva parece inadequado, por reconduzir ao texto constitucional o entendimento do que sejam normas gerais. Ora, se as normas gerais em matéria de direito urbanístico são aquelas que estão previstas na Constituição, não há a necessidade de o legislador constituinte atribuir tal competência ao legislador ordinário apenas para reproduzir aquilo que já está definido na Constituição.

A positivação constitucional impondo a obrigação de promover o desenvolvimento urbano de forma sustentável se mostrou necessária para assegurar esse direito fundamental e para romper com a tradição de omissão que foi a grande responsável pelo crescimento desordenado das cidades¹⁸⁴.

Para Filho, a fórmula normas gerais, empregada pela Constituição para definir a competência legislativa concorrente, não permite uma interpretação de natureza aritmética. Ou seja, não é viável a formulação de critério abstrato e geral destinado a diferenciar normas gerais de normas não gerais¹⁸⁵.

¹⁸³ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico**, p. 67.

¹⁸⁴ “O processo de redemocratização iniciado em 1985 contou com a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Durante a discussão da nova CF, o MNRU (Movimento Nacional de Reforma Urbana) elaborou uma proposta de Emenda Popular de Reforma Urbana, pautada pela democratização do acesso à terra e à moradia, e por um modelo democrático de planejamento e gestão urbanos, em contestação ao modelo predominante no país: tecnocrático e excludente. A Emenda Popular resultou na inserção do capítulo sobre Política Urbana na CF de 1988 [...]”, resultado no atual art. 182. Cf. DENALDI, Rosana; BRAJATO, Dânia; SOUZA, Claudia Virgínia Cabral de [*et al*]. A aplicação do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (PEUC). **Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management)**, mai/ago. 2017. p. 174.

¹⁸⁵ O autor se refere à competência da União para editar normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos. Certamente que a dificuldade para se definir o que são normas gerais em

Segundo o autor a expressão normas gerais configura um conceito jurídico indeterminado, o qual possui um núcleo de certeza e precisão, compreendendo os princípios e as regras destinadas a assegurar certa uniformidade ao regime jurídico disciplinado, devendo ser observado em toda a federação¹⁸⁶.

Valendo-se desse entendimento, é possível estabelecer, a partir da interpretação do art. 182 da Constituição da República, que podem ser entendidas como normas gerais sobre direito urbanístico, a serem fixadas pela União, aquelas destinadas a fixar as diretrizes gerais de desenvolvimento urbano, os princípios regentes da política de desenvolvimento e expansão urbana, e a disciplina dos instrumentos de intervenção dos municípios na propriedade urbana que não esteja cumprindo com a função social da propriedade¹⁸⁷.

Também existem normas alocadas naqueles espaços que se pode denominar de zona de certeza negativa, quando é possível estabelecer que elas não se enquadram no conceito de normas gerais.

Mas além dessas normas posicionadas nas zonas de certeza positiva ou negativa, há outras normas que acarretam incertezas por se encontrarem em zona de indefinição. A definição sobre a natureza de norma geral ou específica dependerá, nesta hipótese, da análise do caso concreto.

Em um país com dimensões continentais, o estabelecimento de normas gerais deve ocorrer de forma parcimoniosa, resguardando o espaço necessário para atendimento das peculiaridades locais a serem disciplinadas pela legislação municipal.

matéria de licitações e contratos administrativos é a mesma para se definir o que são normas gerais em matéria de desenvolvimento urbano. Cf. FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 15.

¹⁸⁶ Cf. FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 15-16.

¹⁸⁷ As diretrizes gerais estão estabelecidas no art. 2º do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001.

2.1.2 A atribuição constitucional de competência material

A atribuição de competência material, ou administrativa, pelo texto constitucional, é realizada com o emprego da técnica que consiste em enumerar as competências da União, ficando as competências remanescentes com os Estados e as competências indicativas reservadas aos Municípios.

Ao lado da competência administrativa privativa de cada ente federado a Constituição elencou, em seu art. 23, as competências administrativas comuns a serem desempenhadas por todos os entes da federação, o que resulta na atuação paralela da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Neste caso, o parágrafo único do referido dispositivo constitucional exige a edição de leis complementares fixando normas para a cooperação entre os entes federados.

A técnica empregada pela Constituição para definir as competências dos municípios não afasta a existência de competência administrativa privativa expressamente atribuída pelo texto constitucional. Com efeito, a leitura do art. 182 da Constituição da República deixa evidente a existência dessa competência, ao estabelecer caber aos municípios a execução da política de desenvolvimento urbano, tendo por suporte jurídico o plano diretor, editado em observância às diretrizes gerais fixadas em lei federal.

A política de desenvolvimento e expansão urbanos integra o rol de competências privativas dos Municípios, não podendo ser suprida pela atuação complementar da União ou dos Estados.

2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO URBANO

As cidades experimentaram crescimento vertiginoso nas últimas décadas gerando diversos problemas econômicos e sociais potencializados pela falta de

planejamento.

No período compreendido entre 1960 e 1996, a população urbana saltou de 31 milhões de habitantes para 137 milhões de habitantes. Esse crescimento populacional nos grandes centros urbanos foi acompanhado pela retração da economia, gerando um quadro dramático: “mais do que evocar progresso ou desenvolvimento, elas passaram a retratar - e reproduzir – de forma paradigmática as injustiças e desigualdades da sociedade”¹⁸⁸.

Os riscos que ameaçavam as sociedades antigas foram substituídos por riscos internos, acarretados também pelo crescimento desordenado da população. Beck destaca:

A sociedade de risco é, em contraste com todas as épocas anteriores (incluindo a sociedade industrial), marcada fundamentalmente por uma *carência*: pela impossibilidade de *imputar externamente* as situações de perigo. À diferença de todas as culturas e fases das mais variadas formas, atualmente a sociedade se vê, ao lidar com riscos, *confrontada consigo mesma*. Riscos são um produto histórico, a imagem espetacular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas. Nessa medida, com a sociedade de risco, a *autogeração* das condições sociais de vida torna-se problema e tema (de início, negativamente, na demanda pelo afastamento dos perigos) [...] ¹⁸⁹.

A demanda por moradias em uma sociedade de economia fragilizada, carente de infraestrutura e de serviços públicos que atendam a toda a população, acaba segregando os habitantes dos centros urbanos, empurrando-os para a periferia e gerando diversos outros problemas sociais¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Na década de 1960, a população urbana era de 44,7% e 55,3% da população viviam em áreas rurais. Na década de 1970, a população urbana representava 55,9%, enquanto a população rural era de 44,1%. Nos anos 2000, 81,2% da população total viviam em centros urbanos. Cf. CYMBALISTA, Renato; SANTORO, Paula Freire. **Estatuto da Cidade**. Org. Nelson Saule Júnior e Raquel Rolnik. 2001. p. 23.

¹⁸⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade, p. 275.

¹⁹⁰ “As dificuldades de acesso à moradia empurram os trabalhadores para regiões em que o custo econômico da terra é baixo, porém o ônus social decorrente da espoliação urbana é elevado. Esse ônus se traduz na ausência de serviços básicos de saneamento, iluminação e transporte, além da precariedade jurídica da propriedade. Além disso, nessas regiões, a opção que se apresenta é a autoconstrução, cujo encargo, em geral, recai sobre o próprio trabalhador. Devido à ausência de recursos, é raro o uso de mão-de-obra remunerada; a casa é erguida a malabarismos feitos pelas

Os problemas sociais somente podem ser identificados e enfrentados de forma adequada, possibilitando o desenvolvimento urbano sustentável, se houver planejamento e políticas públicas eficientes, exigências essas contidas no art. 182 do texto constitucional.

Além disso, tais políticas devem ser planejadas contando com a participação da população diretamente envolvida, pois conforme asseveram Silva e Silva, somente os cidadãos, aqueles envolvidos com as cidades e comprometidos com os seus destinos, são capazes de tomar as melhores decisões¹⁹¹.

A Constituição da República não define diretamente o conteúdo da política pública de desenvolvimento urbano. Mas a necessidade de sua formulação e implementação decorre da previsão contida no art. 182 do texto constitucional, que estabelece o quadro normativo a partir do qual a política deve ser pensada, projetada e executada.

Não apenas a implementação de política pública é tarefa atribuída ao Poder Público municipal, mas também a sua formulação, o seu planejamento, que deverá ocorrer de acordo com as diretrizes fixadas em lei de competência da União¹⁹².

Os Poderes Executivo municipal e Legislativo federal têm papel fundamental no cumprimento desse mandamento constitucional. O Legislativo federal definindo as diretrizes gerais a serem observadas pelos municípios, e estes atuando materialmente para moldar a realidade urbana aos anseios constitucionais de ordenação e desenvolvimento urbano sustentável, atendendo as expectativas de seus habitantes.

famílias com uma renda reduzida". MÜNCH, Marcela. **Direitos humanos e a colonização do urbano**: Vila Autódromo na disputa. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.22-23.

¹⁹¹ Cf. SILVA, Marcos Vinicius Viana da; SILVA, José Everton. O Estatuto da Cidade, uma necessidade social e ambiental no sistema democrático. **Revista Eletrônica de Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas da UNIVALI, Itajaí, v. 10, nº 1, edição especial de 2015.

¹⁹² O art. 21, inciso XX, da Constituição da República estabelece competir à União: "instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 out. 2019.

Secchi leciona que há dois conceitos fundamentais para se compreender o campo da política pública: o problema público e a política pública. O primeiro conceito se refere ao fim ou à intenção de resolução, enquanto o segundo diz respeito ao meio ou mecanismo para levar a termo tal intenção¹⁹³.

O problema público é verificável comparando a distância que separa o *status quo* de uma situação reputada como ideal e possível para a realidade pública sendo, portanto, um conceito intersubjetivo¹⁹⁴.

Por outro lado, conforme destacado por Mello, “políticas públicas são instruções tomadas pelos agentes governamentais no intuito de otimizar a execução das diretrizes estabelecidas nas cartas políticas dos Estados a que se referem”¹⁹⁵.

Para Secchi, a política pública

[...] é um conceito abstrato que se materializa com instrumentos concretos como, por exemplo, leis, programas, campanhas, obras, prestação de serviços, subsídios, impostos e taxas, decisões judiciais, entre muitos¹⁹⁶.

Os instrumentos citados pelo autor não são autossuficientes, devendo ser utilizados conjuntamente, possibilitando a análise apropriada do problema público a ser enfrentado e das alternativas que possam viabilizar as ações estatais eficientes.

O ponto mais sensível na formulação de políticas públicas não é a identificação de sua necessidade prática, tampouco os parâmetros jurídicos a serem observados pelo Poder Público - pois isso já está estabelecido no plano normativo -, mas sim a definição e investigação do problema a ser solucionado e a sua relação com outros problemas e aspectos da realidade social. Para que essa tarefa seja

¹⁹³ SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas**: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções. São Paulo: Cengage Learning, 2016. p. 5.

¹⁹⁴ Cf. SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas**: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções, p. 5. Para o autor, o problema público é um conceito intersubjetivo porque “[...] ele só existe se incomoda uma quantidade ou qualidade considerável de atores [...]”.

¹⁹⁵ MELLO, Davidson Jahn. Políticas públicas: um panorama atual. **Revista eletrônica Direito e Políticas**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas da UNIVALI, Itajaí, v. 4, nº 1, primeiro quadrimestre de 2009. p. 63.

¹⁹⁶ SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas**: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções, p. 5.

executada com êxito, deve haver planejamento.

A ausência ou a inadequação de planejamento acarreta distorções que afetam as políticas públicas de desenvolvimento urbano e acarretam a segregação da população, que se vê impedida de ocupar os centros urbanos¹⁹⁷.

O planejamento é uma medida que deve anteceder a formulação de qualquer política pública em geral e, particularmente, as políticas de desenvolvimento urbano, de modo a identificar adequadamente os problemas a serem enfrentados e articular as diversas ações a serem executadas para se alcançar os objetivos definidos.

Um planejamento adequado é incompatível com o manejo, apenas pela administração pública, de ferramentas de organização social e com o emprego de técnicas de racionalização de processos produtivos. Esta percepção ultrapassada foi substituída pelo planejamento cooperativo, que aproxima a sociedade civil da sociedade política e conduz à elaboração de políticas mais afinadas com a realidade das cidades¹⁹⁸.

De pouco adianta definir uma política pública voltada para o desenvolvimento urbano sem considerar os seus impactos no meio ambiente, na economia, no desenvolvimento social. A formulação de políticas públicas de forma desarticulada tende a ser mais prejudicial do que benéfica¹⁹⁹, além de desconsiderar

¹⁹⁷ “No caso de *Palmas*, é importante destacar que a cidade foi fundada há poucas décadas, somente após a criação do estado do Tocantins pela Constituição de 1988. O planejamento da cidade foi inspirado no plano-piloto de Brasília, e sua ocupação foi fortemente induzida pela ação do governo estadual, o qual promoveu inúmeras desapropriações de terras para vendê-las a empreendedores. Verifica-se, em razão disso, um grande acúmulo de imóveis em propriedade de poucas empresas, as quais os utilizam para retenção especulativa, inclusive na região central da cidade. No entanto, essa ação governamental resultou em uma política de segregação territorial, impedindo a população de baixa renda de ocupar a área central planejada. A dimensão da área urbana revela-se excessiva diante capacidade de ocupação do território. Há grandes distâncias entre as áreas periféricas e o centro da cidade, entre as quais se localizam muitos imóveis vazios e não parcelados. A distribuição dos imóveis notificáveis no território, porém, não está relacionada a uma estratégia de adensamento da área central e infraestruturada da cidade”. DENALDI, Rosana; BRAJATO, Dânia; SOUZA, Claudia Virgínia Cabral de [et al/]. **A aplicação do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (PEUC)**, p. 179.

¹⁹⁸ Cf. VIEIRA, Maria das Graças; SILVA, Cédric Cunha Gomes da. Plano diretor como instrumento de planejamento participativo: um estudo na Cidade de Caruaru/PE. **Gestão e Sociedade**. Belo Horizonte, vol. 5, nº 11. p. 181.

¹⁹⁹ Em artigo publicado na Folha de S. Paulo, edição *online* de 18/08/2016, o economista da EESP-

que a organização social é um sistema complexo na forma de rede, cujas consequências de uma ação estatal não podem ser apuradas de forma linear²⁰⁰.

Para se tomar boas decisões públicas, elas devem estar embasadas em informações e análises confiáveis. Além disso, pondera Secchi, elas devem se pautar por princípios e valores compartilhados pela sociedade e serem capazes de produzir efeitos favoráveis à melhoria do bem-estar coletivo. Para ele,

A análise, portanto, serve para aumentar as chances de uma boa formulação, decisão e posterior implementação de um curso de ação. Fazer análise com finalidade prática, prescritiva e de resolução de problemas públicos exige trabalho de pesquisa aprofundada, conversa com atores políticos, reuniões com a participação dos potenciais destinatários da política pública, coleta de documentos em repartições públicas, leitura de notícias dos meios de comunicação. Uma análise de política pública também depende de uma delimitação clara e precisa do problema público, de geração de alternativas tecnicamente consistentes, de projeção de custos e benefícios com a implementação, de antecipação e dissolução de conflitos de interesses. Fazer análise de política pública significa gerar informações, argumentos e consensos que forneçam uma base mais sólida à tomada de decisão pública. As decisões que exigem níveis mais elevados de sofisticação e profissionalismo são aquelas que usam métodos, evidências, critérios e parâmetros, ou seja, baseiam-se numa análise consistente do problema público e da política pública²⁰¹.

Política pública adequada ao enfrentamento de problemas públicos é incompatível com decisões açodadas, sem fundamentação e pautadas em informações e dados não confiáveis. A política pública deve considerar diversos outros fatores e não somente o problema principal, conforme ponderado por Secchi.

FGV, Bernardo Guimarães, fez uma análise da política pública de realocação de crédito por meio do BNDES no governo de Dilma Rouseff lançando, logo de início, uma afirmação e um questionamento: “Com políticas públicas adequadas, o Brasil seria um país muito mais próspero. Bons governos nos países mais pobres teriam reduzido bastante a pobreza e o subdesenvolvimento. Por que frequentemente adotamos políticas públicas ruins?”. A este assunto é dedicado o subitem 2.2.2.

²⁰⁰ Os sistemas não-vivos interagem com o ambiente segundo as leis de causa e efeito da física. Ou seja, a relação é linear e nos permite prever o futuro mediante a análise das ações e as consequências que decorrem delas. Por sua vez, os sistemas vivos reagem de forma não linear com o ambiente, tornando imprevisível o comportamento resultante de uma influência externa. Cf. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 51.

²⁰¹ SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**, p. 1-2.

Essa constatação sugere a insuficiência da descrição das políticas públicas no texto constitucional, no que tange ao desenvolvimento urbano. E não teria como ser diferente, porque a Constituição se limita a determinar a promoção do desenvolvimento urbano sustentável sem estabelecer o conteúdo das políticas públicas ou a forma de sua implementação, porque isso depende de análises técnicas e fáticas, bem como de ponderações políticas atribuídas aos Poderes Executivo municipal e Legislativo federal.

O art. 182 da Constituição da República aponta a necessidade de a política pública ser instituída conforme diretrizes gerais fixadas em lei, com o escopo de alcançar os objetivos definidos no referido dispositivo constitucional. Seguindo as diretrizes legais fixadas, é legítimo ao Poder Público municipal definir de diversas formas o caminho a trilhar para satisfazer os objetivos constitucionais. E aqui surgem algumas hipóteses que exigem reflexão.

A primeira hipótese se refere à inércia do Poder Público em termos de formulação e implementação de política pública voltada para o desenvolvimento urbano, apesar de haver regra constitucional impondo um dever de ação.

A segunda hipótese se configura pela definição de política pública inadequada ou insuficiente para promover o desenvolvimento urbano, nos termos da previsão constitucional.

A terceira e última hipótese se refere à formulação e implementação de política pública adequada à promoção do desenvolvimento urbano nos moldes idealizados pelo constituinte.

As duas primeiras hipóteses nos remetem à questão sobre o que fazer para assegurar a máxima eficácia das normas constitucionais e garantir o direito fundamental ao desenvolvimento urbano sustentável.

O enfrentamento desta questão é fundamental, porque a formulação e a implementação de política pública envolve mais do que a seleção de alternativas para resolver os problemas públicos. Ela é permeada pela disputa de poder, conforme adverte Sundfeld:

Talvez um dos mais graves equívocos em que se possa incidir na elaboração de políticas públicas – correndo-se, inclusive, o risco de frustrar seus objetivos – é não levar em conta os perigos escondidos no Direito, ligados, como não poderia deixar de ser, ao seu valor e ao modo pelo qual é construído. Tanto os formuladores de políticas quanto os responsáveis pela execução devem tê-los em mente – se não para evitá-los, ao menos para minimizá-los.

O primeiro deles consubstancia-se no fato de que o *mundo do Direito (os profissionais do Direito e os órgãos de controle jurídico) disputa espaço de poder com o mundo da Política*. As políticas públicas, disciplinadas por normas e atos jurídicos, costumam ser, ao mesmo tempo, o objeto e o ambiente de disputa por poder²⁰².

Embora as políticas públicas sejam definidas por meio de normas jurídicas²⁰³, não se pode desconsiderar a necessidade de se demarcar, a partir da Constituição da República, o espaço de atuação dos Poderes Executivo municipal, Legislativo federal e Judiciário, no que diz respeito às políticas de desenvolvimento urbano e o seu controle judicial, limitando este se necessário, para resguardar a atuação e o fortalecimento daqueles²⁰⁴.

A Constituição da República delinea o marco normativo a partir do qual as políticas de desenvolvimento urbano devem ser definidas e implementadas. Tais normas possuem natureza jurídica diversa, ora estando definidas na forma de princípios, em outras passagens com a roupagem de regras. Mas talvez o mais importante a se extrair dessas normas constitucionais que informam o desenvolvimento urbano seja a sua íntima relação com a promoção dos direitos fundamentais plasmados em seu texto. Seria simplista compreender que o desenvolvimento urbano tem por objetivo apenas ordenar a ocupação das áreas urbanas, a partir de uma leitura rasa dos art. 182 e 183 do texto constitucional.

²⁰² SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 64.

²⁰³ “O primeiro elemento que desde logo deve ser ressaltado diz respeito ao fato de que *as medidas de política pública são definidas por meio de normas e de atos jurídicos*. Esta afirmação, apesar de aparentemente singela, nada tem de trivial. Afinal de contas, equivale a dizer que o *DNA das políticas públicas é escrito em códigos jurídicos*. Dito de outro modo: as políticas públicas dependem do Direito para a construção da sua estrutura, valendo-se, para tanto, dos mecanismos que lhe são próprios (lembram-se das tais noções básicas que estão na cabeça do jurista?).” SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO. *Direito e políticas públicas: dois mundos? Direito da regulação e políticas públicas*. Org. Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 48.

²⁰⁴ A este ponto se voltará no terceiro capítulo, quando se analisará a legitimidade do Poder Judiciário para controlar políticas públicas de desenvolvimento urbano e os limites porventura estabelecidos pela ordem jurídica.

Certamente que o objetivo a ser alcançado pelas políticas públicas voltadas ao desenvolvimento urbano tem seu *locus* normativo no *caput* do art. 182, segundo o qual o Poder Público municipal, constrangido pelas diretrizes gerais fixadas pela União, deve buscar o “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Escrevendo sobre o direito ao desenvolvimento, Gisi destaca que:

A concepção do direito ao desenvolvimento envolve as noções de: livre determinação dos povos; direito à soberania sobre os recursos naturais; eliminação de violações massivas de direitos humanos; indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; paz e segurança internacionais; a pessoa humana como principal sujeito (participante e beneficiário) do desenvolvimento; igualdade de oportunidades tanto para as nações quanto para as pessoas e que os recursos obtidos do desarmamento sejam investidos no bem-estar das pessoas, especialmente do terceiro mundo; esforços para uma nova ordem econômica internacional. Define-se como “o direito de todas as pessoas humanas em todas as partes, e a humanidade como um todo, de realizar seu potencial, segundo Upendra Baxi e registrado por Lima”²⁰⁵.

Se o direito ao desenvolvimento está intimamente ligado à promoção de direitos fundamentais de diversos matizes, é possível afirmar com Gisi que ele tem suporte também no preâmbulo do texto constitucional, no seu art. 3º e nas disposições da ordem econômica e social, das disposições que disciplinam a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, do pluralismo cultural e político, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na busca pela erradicação da pobreza e da marginalização, na redução das desigualdades sociais e regionais dentre outros²⁰⁶.

Percebe-se que o conceito de desenvolvimento aqui adotado não se restringe ao econômico, por ser muito restrito e insuficiente para explicar as diversas vertentes em que o desenvolvimento deve ocorrer para propiciar o bem-estar das pessoas.

²⁰⁵ GISI, Mário José. Constituição, desenvolvimento e sustentabilidade. **Direito constitucional brasileiro: constituições econômica e social**. vol. III. Coordenadores Clèmerson Merlin Clève e Ana Lucia Pretto Pereira. São Paulo: RT, 2014. p. 539-540.

²⁰⁶ GISI, Mário José. Constituição, desenvolvimento e sustentabilidade. **Direito constitucional brasileiro: constituições econômica e social**, p. 540.

Nesse sentido, aqui se adota o conceito de desenvolvimento em sua mais ampla acepção, de modo a abarcar, além do aspecto econômico, o social, o ambiental, o cultural, o urbano, sem excluir outras dimensões. Esse sentido amplo deve ser considerado quando se fala em desenvolvimento urbano, especialmente quando se tem em mira sua conexão com os direitos fundamentais, pois, conforme adverte Gisi,

O desenvolvimento, descolado da perspectiva meramente econômica, sem naturalmente excluí-la, possibilita olhares em dimensões interessantes para o resgate ou construção de uma sociedade que propicie a seus indivíduos ou grupos integrantes autonomia e proteção jurídica suficiente para garantir a criação e a manutenção de formas de produzir e reproduzir em escalas individuais, familiares e comunitárias, sem ser solapado por um mercado autorregulável e suas gigantescas demandas para a satisfação de suas ilimitadas necessidades²⁰⁷.

A Lei federal nº 10.257/2001, regulamentando o art. 182 do texto constitucional, reproduziu aquela regra em seu art. 2º e estabeleceu, em seguida, diversas diretrizes a serem observadas com o escopo de alcançar o objetivo constitucional de desenvolvimento urbano.

Tratando do assunto, Medauar destaca que

O *caput* do art. 2º fixa como objetivo da política urbana o pleno desenvolvimento das funções sociais e da propriedade urbana. Nas *funções sociais da cidade* se entrevê a cidade como *locus* não somente geográfico e de mera reunião de pessoas, mas como o espaço destinado à habitação, ao trabalho, à circulação, ao lazer, à integração entre os seres humanos, ao crescimento educacional e cultural. Ao mencionar as *funções sociais da propriedade urbana*, com base certamente no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, o dispositivo ressalta o direcionamento da propriedade urbana a finalidades de interesse geral, com as quais há de se conformar ou conciliar o direito individual de propriedade, não mais dotado de caráter absoluto²⁰⁸.

As cidades não podem manter-se estagnadas. Ao contrário, como

²⁰⁷ GISI, Mário José. Constituição, desenvolvimento e sustentabilidade. **Direito constitucional brasileiro**: constituições econômica e social, p. 538.

²⁰⁸ MEDAUAR, Odete. Diretrizes Gerais. **Estatuto da Cidade**, 25-26.

condição para o desenvolvimento humano e para a realização dos fins inerentes a sua condição, as cidades devem se desenvolver, incorporando tecnologias e inovações que permitam a todos desempenhar suas atividades, perseguir seus objetivos individuais e coletivos, se desenvolver intelectual e culturalmente enfim, viver plenamente suas vidas.

Atualmente muitas são as cidades espalhadas pelo mundo, em tamanhos diversos e estruturadas de forma diversificada. Mas o desenvolvimento das cidades, como vem ocorrendo, ainda está distante do atingimento do bem-estar dos seus habitantes.

Leite e Awad apontam que

A maioria das megacidades tem concentração de pobreza e graves problemas socioambientais decorrentes da falta de maciços investimentos em infraestrutura e saneamento. Sua importância na economia nacional e global é desproporcionalmente elevada. Segundo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), no futuro teremos muitas megacidades que estarão localizadas em novos endereços – das 16 existentes em 1996, passarão a 25 em 2025, muitas delas fora dos países desenvolvidos²⁰⁹.

Essa constatação demonstra a urgência no planejamento adequado das cidades, com o estabelecimento e implementação de políticas públicas aptas a viabilizar o desenvolvimento urbano, capazes de realizar os fins estabelecidos pelo texto constitucional e almejados por seus habitantes. O desenvolvimento capaz de atender a essas expectativas é o qualificado pela sustentabilidade.

Para Milaré, a sustentabilidade pressupõe o equilíbrio entre a oferta e a demanda, de modo a possibilitar que uma realidade possa manter-se continuamente com suas características essenciais²¹⁰.

²⁰⁹ LEITE, Carlos; AWAD, Juliana di Cesare. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012. p. 23.

²¹⁰ Cf. MILARÉ, Milaré. **Direito ambiental: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência**, p. 1643. “SUSTENTABILIDADE – Qualidade, característica ou requisito do que é sustentável. Num processo ou num sistema, a sustentabilidade pressupõe o equilíbrio entre “entradas” e “saídas”, de modo que uma dada realidade possa manter-se continuamente com suas características essenciais.

Leite e Awad conceituam o desenvolvimento sustentável como aquele que “satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”²¹¹.

Para os autores a sustentabilidade possui por fundamento a percepção de que os recursos naturais são finitos e que eles não estão sendo utilizados de maneira adequada. Esta concepção, ainda segundo o autor, possui caráter normativo muito abstrato, a exigir o aprofundamento do conhecimento sobre os impactos da ação humana nos ambientes em que estão inseridos, destacando-se as cadeias produtivas, as cidades e o meio natural, possibilitando a orientação sobre a forma como as questões decorrentes devem ser enfrentadas.

E com esteio em Paul Krugman, arrematam:

[...] o crescimento das cidades será o modelo econômico de desenvolvimento no futuro. Isso porque é nas megacidades que acontecem as maiores transformações, gerando uma demanda inédita por serviços públicos, matérias-primas, produtos, moradias, transportes e empregos. Trata-se de um grande desafio para os governos e a sociedade civil, que exige mudanças na gestão pública e nas formas de governança, obrigando o mundo a rever padrões de conforto típicos da vida urbana – do uso excessivo do carro à emissão de gases²¹².

Ao formular políticas públicas voltadas para o desenvolvimento urbano, como se percebe, o Poder Público deve ponderar diversos interesses, buscando a definição de metas e objetivos que os conciliem ao invés de optar por soluções que causem a ruptura da sociedade ou acarretem o enfrentamento desconectado dos

Na abordagem ambiental, a sustentabilidade é um requisito para que os ecossistemas permaneçam iguais a si mesmos, assim como os recursos podem ser utilizados somente com reposição e/ou substituição, evitando-se a sua depleção, de maneira a manter o equilíbrio ecológico, uma relação adequada entre recursos e produção, e entre produção e consumo. A sustentabilidade é um objetivo a ser alcançado na gestão ambiental; para a consecução desse objetivo contribui o processo do desenvolvimento sustentável, que inclui a produção e o consumo sustentáveis. Fala-se também de sociedade e de cidades sustentáveis. Em última análise, o que se procura é a sustentabilidade do planeta Terra, sem o que não será possível atingir o objetivo de uma sociedade humana sustentável”.

²¹¹ LEITE, Carlos; AWAD, Juliana di Cesare. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**, p. 29. Os autores destacam que para a realização de avaliação do contexto global, devem ser observados três pilares da sustentabilidade a saber: ambientais, econômicos e sociais.

²¹² LEITE, Carlos; AWAD, Juliana di Cesare. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**, p. 23.

problemas públicos.

As políticas públicas devem contemplar, a um só tempo, os instrumentos de superação das crises que afetam áreas sensíveis como saúde, moradia, lazer, emprego, mobilidade, saneamento, dentre outros, além de impedir o engessamento das cidades, tudo isso sem agravar os problemas existentes e sem criar outros novos.

O desenvolvimento urbano sustentável, parece intuitivo, não será alcançado apenas pela previsão normativa de objetivos, metas e instrumentos a serem utilizados. Entre o plano normativo e a atuação prática das disposições constitucionais e legais há um considerável espaço que deve ser preenchido com análises, planejamentos e ações efetivas dos Poderes Públicos.

Antes mesmo da definição normativa, o planejamento a ser levado a termo pelo Poder Executivo mostra-se fator essencial para a formulação adequada de política pública urbanística. Sem ele, por mais que no plano normativo esteja bem definido o objetivo a ser alcançado e os instrumentos a serem utilizados, dificilmente se alcançará resultado satisfatório, por falta de rumo a seguir²¹³.

O planejamento e a definição de políticas públicas, em todas as áreas, é tarefa atribuída aos Poderes Executivo e Legislativo, conforme transparece em diversos dispositivos constitucionais²¹⁴, cabendo ao Poder Judiciário exercer o controle de legalidade e de legitimidade.

²¹³ Há um trecho no desenho “Alice no País das Maravilhas” em que Alice, caminhando pela floresta, se depara com uma encruzilhada, onde diversos caminhos se colocam à sua frente. Indecisa e sem saber qual caminho tomar, Alice fica ali pensativa. Então surge o mestre gato. Em tom jocoso e misterioso, ele pergunta para Alice se pode ajudá-la. Segue o diálogo: “- Eu só queria saber que caminho tomar, disse Alice. – Isso depende do lugar aonde você queira ir, respondeu o gato. – Realmente não importa, retorquiu Alice, ao que obteve como resposta do gato: - então não importa o caminho a tomar”.

²¹⁴ Pode-se mencionar, exemplificativamente, os art. 21, 22, 23, 24, 25, 30, 182, 184, 194, 196, 203, 205, 215, 217, 218 além de diversos outros que prescrevem obrigações prestacionais aos entes políticos.

2.2.1 As cidades vivas e as políticas públicas em rede

As políticas públicas são pensadas, em regra, para resolver problemas específicos, de forma desconectada de outras políticas públicas. As cidades, por sua vez, são encaradas como a simples reunião de elementos materiais e humanos, gerando ações governamentais inapropriadas para enfrentar os desafios causados pela urbanização.

As cidades possuem organização complexa, a exemplo do que ocorre com os seres vivos. Entende-las dessa forma auxilia na formulação de políticas públicas que considerem os seus efeitos colaterais produzidos em outros setores sociais.

Para compreender esse fenômeno e a necessidade de se pensar políticas públicas articuladas umas com as outras, será aqui empregada a teoria da teia da vida de Capra, segundo a qual as relações entre os seres vivos ocorrem na forma de rede.

Capra explica os fenômenos sociais a partir da análise das características dos sistemas vivos, por compreender que aqueles estão baseados numa concepção da evolução da própria vida²¹⁵. As cidades, assim como os seres vivos, se organizam de forma complexa. Não é adequado, portanto, concebê-las meramente como o conjunto formado por edifícios, rodovias, instrumentos públicos, parques e outras estruturas materiais, e a população.

Maia e Santos veem nas cidades um entrelaçamento das camadas física, referente à organização e à arquitetura, econômica e política, de espaços e fluxos,

²¹⁵ Cf. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável, p. 21, especialmente quando afirma: “Em defesa desse meu proceder, posso afirmar também que, em fim de contas, a própria realidade social evoluiu a partir do mundo biológico entre dois e quatro milhões de anos atrás, quando uma espécie de símio meridional’ (*Australopithecusafarensis*) ficou de pé e passou a caminhar sobre duas pernas. Naquela época, os primeiros hominídeos desenvolveram um cérebro complexo, a linguagem e a capacidade de fabricar ferramentas; ao mesmo tempo, a absoluta inépcia de seus filhotes, que nasciam prematuros, levou à formação das famílias e comunidades de apoio que constituíram as bases da vida social humana. Por isso, é sensato que a compreensão dos fenômenos sociais seja baseada numa concepção unificada da evolução da vida e da consciência”.

além da camada social, referente à interação social destinada à construção de relações e singularidades²¹⁶.

Em sua teoria, Capra identifica o sistema mais simples que manifesta as características da vida para, a partir dele, investigar os sistemas mais complexos, advertindo que nessa atividade não deve olvidar que a estratégia reducionista por ele adotado mostra-se “[...] extremamente eficaz nas ciências – desde que o cientista não caia na armadilha de pensar que as entidades complexas não são mais do que a soma de suas partes mais simples”²¹⁷.

Os problemas públicos devem ser identificados e as políticas públicas devem ser pensadas a partir desse paradigma, permitindo uma análise ampliada, multidisciplinar e intersetorial, como condição de atendimento à determinação constitucional de promoção do desenvolvimento urbano sustentável.

Certos elementos independentes, quando incorporados a outros, perdem a sua individualidade para formar nova entidade. A partir disso, os elementos antes independentes não podem mais ser vistos como entidades autônomas, embora possam ser identificados dentro desse mesmo sistema²¹⁸.

O mesmo ocorre nas cidades. A combinação dos seus diversos elementos constitutivos conduz à formação de um elemento emergente e que dá todo sentido ao ambiente urbano. A título exemplificativo, cabe destacar a descrição da experiência de Leite em São Francisco *Mission Bay*, no ano de 2010:

Críticas? Inevitáveis em transformações urbanas deste porte, em qualquer parte do mundo. “Gentrificação”: neste caso praticamente não havia população local residente a “ser expulsa”, mas houve um enorme aumento no valor do solo, que foi praticamente amenizado pela diretriz governamental de oferecer uma parcela de habitação

²¹⁶ Cf. NASCIMENTO, Elaine Cristina Maia; SANTOS, Rodrigo Gonçalves dos. **Urbgrafias ou cartografias da produção de um devir cidade**, p. 129.

²¹⁷ Cf. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável, p. 22.

²¹⁸ Essa afirmação encontra respaldo em CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável, p. 274, que na nota de rodapé n. 4, destaca: “Certas partes das células, como as mitocôndrias e os cloroplastos, eram no passado bactérias independentes que invadiram células maiores e evoluíram junto com elas para constituir novos organismos compostos. Esses orgânulos ainda se reproduzem em momento diferente do restante da célula, mas não podem fazê-lo sem o funcionamento integrado da célula com um todo e, por isso, já não podem ser considerados sistemas vivos autônomos”.

subsidiada (*affordable housing*). “Falta senso de lugar” (*sense of place* ou *public realm*): ainda falta a sempre desejável dimensão urbana nas ruas e praças que só o tempo e o uso darão. “Rompimento com a tradição urbanística” dos bairros de São Francisco: como construir novo território equivalente a 122 quarteirões com a arquitetura contemporânea?²¹⁹

Compreender o processo de formação e sustentação da vida biológica ajuda a compreender os sistemas vivos complexos e suas inúmeras conexões. As cidades, igual aos seres vivos, possuem diversas conexões que precisam ser consideradas, especialmente no enfrentamento dos problemas públicos²²⁰.

A análise de Capra incide sobre a estrutura celular, quando então ele identifica todos os elementos materiais que a formam e os processos químicos que ocorrem em seu interior e que lhe permitem manter a vida.

A primeira característica da vida é a capacidade do organismo de produzir a energia de que necessita para se manter vivo. Essa geração energética decorre dos processos químicos que ocorrem em seu interior e pressupõe a relação existente entre o organismo e o meio em que ele vive. A capacidade de autorreplicação, segundo Capra, é um dos elementos essenciais da vida, porque sem ela qualquer estrutura que se formasse acidentalmente estaria fadada ao desaparecimento e jamais poderia evoluir. Assim, segundo o autor, seria possível afirmar que “[...] os sistemas são sistemas químicos que contêm DNA”²²¹.

As cidades têm seu próprio DNA, formado ao longo do tempo e influenciado pelos seus aspectos econômicos, culturais, sociais. Isso exige que o enfrentamento dos problemas públicos das cidades considerem as especificidades locais²²².

Ampliando o campo de visão para contemplar a célula integralmente,

²¹⁹ LEITE, Carlos; AWAD, Juliana di Cesare Marques. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**, p. 5-6.

²²⁰ Cf. nesse mesmo sentido, NETO, João Mendes da Rocha; ALVES, Adriana Melo. Disjunções legais e institucionais da política metropolitana e da política nacional de desenvolvimento regional. **Eure**, vol. 42, n. 127, set/2016. p. 89.

²²¹ Cf. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**, p. 23-24.

²²² Cf. VIEIRA, Maria das Graças; SILVA, Cédric Cunha Gomes da. Plano diretor como instrumento de planejamento participativo: um estudo na Cidade de Caruaru/PE. **Gestão e Sociedade**, p. 178.

Capra destaca que ela se caracteriza pela existência de um limite (membrana celular) que estabelece a discriminação entre o sistema – o eu celular - e seu ambiente²²³. A existência desse limite físico é outra característica do sistema celular, pois sem ele o ambiente seria fluido e a célula jamais poderia existir enquanto entidade distinta.

Embora essa membrana seja vista como uma barreira física que separa o sistema interno do seu exterior, em virtude da sua característica semipermeável ela permite a entrada de certas substâncias e mantém outras fora, além de bombear todo resíduo cálcico excessivo, controlando a proporção entre essas substâncias e mantendo o equilíbrio do sistema²²⁴.

As cidades mantêm relação com outras localidades, possibilitando o desenvolvimento uniforme dos municípios que compõem a mesma região metropolitana ou, ao contrário, potencializando a exclusão em decorrência do processo predatório estabelecido em busca de mais recursos públicos. Nessa linha, Neto e Alves destacam:

Entretanto, ao recortar na escala microrregional, sobretudo nas áreas metropolitanas se perdem as características dos municípios periféricos que nem sempre se encontram no mesmo nível de desenvolvimento e de produção de riqueza das cidades principais. Dessa forma, a PNDR, portanto, passa ao largo da problemática desses municípios que sofrem a concorrência intensa dos municípios nucleares na disputa por recursos públicos e na captação de investimentos privados²²⁵.

O processo metabólico, por sua vez, encadeia-se numa rede química, o

²²³ Afirma o autor que “[...] Dentro desse limite, há toda uma rede de reações químicas (o metabolismo celular) pela qual o sistema se sustenta e se conserva”. Cf. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**, p. 25.

²²⁴ Cf. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**, p. 25-26, especialmente na passagem em que, citando Lynn Margulis, afirma que “O metabolismo, a química da autoconservação, é uma característica essencial da vida... Através do metabolismo perene, através dos fluxos químicos e energéticos, a vida continuamente produz, repara e perpetua a si mesma. Só as células e os organismos compostos de células fazem metabolismo”. O metabolismo, pode-se afirmar, só é possível em sistema aberto regulado pela barreira semipermeável, que permita o trânsito de substâncias essenciais e nocivas entre o ambiente interno e o externo, de modo a manter o sistema em equilíbrio.

²²⁵ NETO, João Mendes da Rocha; ALVES, Adriana Melo. Disjunções legais e institucionais da política metropolitana e da política nacional de desenvolvimento regional. **Eure**, p. 88.

qual é, para Capra, outra característica fundamental da vida. A função primordial de cada um dos componentes da rede é a transformação e a substituição de outros elementos, de modo a permitir a regeneração e a evolução da estrutura viva. Nesse sentido, assevera o autor que

A função de cada um dos componentes dessa rede é a de transformar ou substituir outros componentes, de maneira que a rede como um todo regenera-se continuamente. É essa a chave da definição sistêmica da vida: as redes vivas criam ou recriam a si mesmas continuamente mediante a transformação ou a substituição dos seus componentes. Dessa maneira, sofrem mudanças estruturais contínuas ao mesmo tempo que preservam seus padrões de organização, que sempre se assemelham a teias²²⁶.

A vida celular, como se percebe, tem como características a sua formatação em rede metabólica limitada por um elemento físico denominado membrana, fechada no que se refere à sua organização, mas aberta sob o ponto de vista material e energético, operando em estado distante do equilíbrio e que se conduz ao desenvolvimento e à evolução²²⁷. Diante disso, Capra pondera:

A atividade organizadora dos sistemas vivos, em todos os níveis de vida, é uma atividade mental. As interações de um organismos vivo – vegetal, animal ou humano, com seu ambiente são interações cognitivas. Assim, a vida e a cognição tornam-se inseparavelmente ligadas. A mente – ou melhor, a atividade mental – é algo imanente à matéria, em todos os níveis de vida.

A organização da vida em rede, aliada à cognição, entendida como processo de viver, está ligada ao sistema autopoietico, definido pelas contínuas mudanças estruturais ao mesmo tempo em que conserva seu padrão de organização em teia. Isso implica mútua relação entre todos os elementos da rede, que constantemente produzem e transformam uns aos outros²²⁸.

²²⁶ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável, p. 27.

²²⁷ Cf. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável, p. 31-32.

²²⁸ Ancorado em Santiago, CAPRA explica que a produção e a transformação ocorrem de duas maneiras distintas, sendo a primeira delas caracterizada pela auto-renovação e a segunda pela criação de novas estruturas – novas conexões da rede autopoietica. Essas mudanças podem decorrer das influências externas ou ambientais, ou ser o resultado da dinâmica interna ao sistema. Cf. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável, p. 50-51.

Os sistemas sociais que formam as cidades também são autopoieticos, produzindo suas próprias crises e suas soluções rumo ao desenvolvimento, gerando a sua própria identidade. A evolução das cidades, nesse sentido, pode ser entendida como a contínua produção de si mesma, como resultado dos avanços e retrocessos, dos acertos e dos erros²²⁹.

A mudança estrutural ocorre pela interação do sistema vivo com o seu ambiente. Este apenas faz desencadear naquele as mudanças estruturais, sem especificar ou dirigir tais mudanças. Isso faz com que o sistema vivo mantenha sua autonomia em relação ao sistema que integra e permite-nos identificar dois padrões distintos pelos quais os sistemas vivos e os sistemas não-vivos interagem com o ambiente²³⁰.

A afirmação de que a cognição pode ser entendida como o processo de viver decorre justamente do fato de que a interação do organismo vivo com o ambiente provoca neste uma sequência de mudanças estruturais e, com o tempo, permite a ele formar o seu próprio caminho de acoplagem estrutural com a rede. A cognição, nesse sentido, não é a representação de um mundo independente, mas sim a produção do mundo pelo processo de viver.

Para Leite e Awad, as cidades funcionam similarmente a um organismo que quando adoecem se curam, mudam. A nova concepção da cidade permite novas conexões internas e externas, voltadas para o desenvolvimento sustentável e ao bem-estar de seus habitantes.

[...] Os projetos urbanos de porte devem instrumentalizar a regeneração urbana dos vazios centrais. O redesenvolvimento

²²⁹ Crise não é algo negativo, mas sim positivo e propositivo, que conduz à evolução. Esse é o entendimento de Bauman e Bordoni, ao afirmarem que “[...] ‘crise’, em seu sentido próprio, expressa algo positivo, criativo e otimista, pois envolve mudança e pode ser um renascimento após uma ruptura. Indica separação, com certeza, mas também escolha, decisões e, por conseguinte, a oportunidade de expressar uma opinião [...]”. BAUMAN, Zygmund; BORDINI, Carlos. **Estado de crise**. Trad. Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 11. Cf., ainda, sobre os sistemas autopoieticos, CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2016. p. 136.

²³⁰ Os sistemas não-vivos interagem com o ambiente segundo as leis de causa e efeito da física. Ou seja, a relação é linear e nos permite prever o futuro mediante a análise das ações e as consequências que decorrem delas. Por sua vez, os sistemas vivos reagem de forma não linear com o ambiente, tornando imprevisível o comportamento resultante de uma influência externa. Cf. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**, p. 51.

destes territórios representa voltar a cidade para dentro. Refazê-la, ao invés de expandi-la. Compacta-la. Deixa-la mais sustentável é transformá-la numa rede estratégica de núcleos policêntricos compactos e densos, otimizando infraestruturas e liberando territórios verdes²³¹.

Nesse processo de viver, a experiência consciente é o resultado das funções desempenhadas por partes diversas do cérebro e do corpo do indivíduo, que o faz perceber esse estado de consciência como um todo integrado. A consciência é entendida não apenas como um fenômeno biológico, mas também social, na medida em que o mundo interior da consciência reflexiva surgiu com o desenvolvimento da linguagem e da realidade social²³². Por isso afirma Capra que

[...] Na qualidade de seres humanos, nós existimos dentro da linguagem e tecemos continuamente a teia linguística na qual estamos inseridos. Nós coordenamos nosso comportamento pela linguagem, e juntos, através da linguagem, criamos ou produzimos o nosso mundo. “O mundo que todos veem”, segundo Maturana e Varela, “não é o mundo que criamos juntamente o mundo, mas *um* mundo que criamos juntamente com outras pessoas”. Esse mundo humano tem por elemento central o nosso mundo interior de pensamentos abstratos, conceitos, crenças, imagens mentais, interações e autoconsciência. Numa conversa entre dois seres humanos, nossos conceitos e ideias, nossas emoções e nossos movimentos corporais tornam-se intimamente ligados numa complexa coreografia de coordenação comportamental²³³.

A não compreensão dessa realidade gera problemas graves para as cidades, comprometendo o desenvolvimento urbano e segregando seus habitantes, que não alcançam uma vida marcada pelo bem-estar prometido pela Constituição.

A edição das normas gerais requeridas pelo art. 182 do texto constitucional, combinada com a atuação legislativa das Câmaras municipais ao elaborarem o plano diretor e os outros instrumentos normativos de política urbana, cria um bloco normativo que permite aos municípios formularem políticas públicas de desenvolvimento urbano.

²³¹ LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**, p. 14.

²³² CF. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**, p. 64.

²³³ CF. CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**, p. 68.

A forma como isso ocorre, porém, é problemática e gera efeitos nocivos que conduzem a caminhos diversos daqueles almejados pela Constituição da República, ao positivar o desenvolvimento urbano sustentável como direito fundamental.

Wu, Ramesch e Howlett apontam para a irracionalidade, inconsistência e falta de coordenação que acabam condicionando as políticas públicas. Além disso, “[...] se os gestores públicos não estiverem familiarizados com a natureza e o funcionamento do processo de políticas, eles podem não ser capazes de elaborar estratégias eficazes para influenciar sua direção [...]”, comprometendo a produção de resultados integrados almejados²³⁴.

Assim como a organização das cidades é complexa, os problemas a serem enfrentados também ostentam esta característica. O desenvolvimento desarticulado de políticas públicas até pode resolver topicamente determinados problemas, mas os riscos de insucesso e de acarretarem outros problemas são consideráveis²³⁵.

Para Wu, Ramesch e Howlett, os problemas das políticas públicas, nocivos ao desenvolvimento sustentável, possuem as mais variadas causas, sendo indicadas as seguintes²³⁶:

a) prevalência das políticas públicas ineficazes, mas populares, em detrimento das políticas públicas eficazes, mas impopulares;

²³⁴ WU, Xun; RAMESCH, M.; HOWLETT, Michael [et al/]. **Guia de políticas públicas**: gerenciando processos. Trad. Ricardo Avelar de Souza. Brasília: Enap, 2014. p. 14.

²³⁵ “Assistir ou emancipar? Estudos recentes e o conhecimento acerca da realidade das comunidades empobrecidas mostram que a pobreza é um fenômeno estrutural e multidimensional e que as demandas da população pauperizada são complexas e heterogêneas, exigindo um conjunto diversificado de ações e programas. Políticas compensatórias são imprescindíveis para amenizar as múltiplas expressões da questão social e fortalecer os sujeitos envolvidos, mas precisam ser conectadas com procedimentos capazes de oportunizar a autossustentação das famílias e comunidades atendidas, atribuindo sustentabilidade às ações. Assistir e emancipar deixam de constituir-se em processos concorrentes ou contraditórios e passam a ser indissociáveis; trata-se de assistir emancipando e emancipar assistindo”. CATTANI, Antonio David; FERRARINI, Adriane Vieira. Participação, desenvolvimento local e política pública: estratégias articuladas para a superação da pobreza. **Revista Katál**. Florianópolis, v. 13, nº 2, jul/dez. 2010. p. 170.

²³⁶ WU, Xun; RAMESCH, M.; HOWLETT, Michael [et al/]. **Guia de políticas públicas**: gerenciando processos, p. 14-16.

b) a formulação de políticas públicas para contornar crises, enquanto aquelas destinadas a evitar a ocorrência de crises são subvalorizadas;

c) a substituição de lideranças quando as políticas públicas se mostram ineficazes, sendo que as principais causas das falhas permanecem abordadas de forma inadequada;

d) a falta de articulação entre os órgãos governamentais acarretam críticas aos efeitos das políticas defendidas por outros;

e) as políticas públicas são formuladas para garantir o apoio de grupos poderosos, em detrimento dos verdadeiros interesses públicos;

f) a discordância entre os diversos níveis governamentais levam à políticas públicas contraditórias e mutuamente destrutivas;

g) políticas públicas implementadas por burocratas de nível de rua desvirtuam o que foi previsto e planejado na fase de formulação; e,

h) a rara avaliação de políticas públicas para subsidiar a maioria das decisões, quando feita, é motivada por exigências processuais ou considerações políticas estreitas.

A falta de articulação política e a inabilidade dos governos ao compor suas equipes, aliada ao despreparo dos gestores nos mais diversos níveis estruturais da Administração Pública, criam um quadro desolador quanto à formulação e implementação de políticas públicas.

A implementação de políticas públicas é a fase em que o que foi planejado se torna realidade, exigindo articulação entre os diversos setores da sociedade civil e dos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública, formando aquilo que Wu, Ramesch e Howlett denominam governança em rede, sendo “[...] particularmente relevante quando se busca a integração de múltiplos objetivos de políticas por meio de um programa em particular”²³⁷.

²³⁷ WU, Xun; RAMESCH, M.; HOWLETT, Michael [et al/]. **Guia de políticas públicas**: gerenciando

Percebe-se que a complexidade das cidades criam problemas igualmente complexos, que somente de forma planejada e articulada, politicamente e institucionalmente, podem ser eficazmente enfrentados.

2.2.2 O plano diretor como instrumento de desenvolvimento urbano

O plano diretor é mencionado expressamente no § 1º do art. 182 do texto constitucional, sendo referido como o principal instrumento de política pública de desenvolvimento e de expansão urbana²³⁸.

Foi editada a Lei federal nº 10.257/2001 para regulamentar os art. 182 e 183 da Constituição da República, definindo as diretrizes gerais a serem observadas pelos municípios ao atuarem visando ao desenvolvimento urbano sustentável. Com o objetivo de traçar uma moldura normativa para que esse objetivo constitucional seja alcançado, o Estatuto da Cidade definiu normas gerais para a elaboração do plano diretor, nos art. 39 a 42-B.

Para Meirelles, o plano diretor é o complexo de normas e diretrizes voltado ao desenvolvimento integral dos municípios, devendo ser contemplada por ele a totalidade do território municipal e refletir os anseios de seus habitantes em relação aos rumos a serem seguidos²³⁹.

Quando da elaboração do plano diretor, no exercício da competência privativa assinalada pelo art. 182, § 1º, do texto constitucional, os municípios devem

processos, p. 97-98.

²³⁸ A previsão constitucional é a seguinte: "art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 out. 2019.

²³⁹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**, p. 403.

definir estratégias que conduzam ao desenvolvimento sustentável das cidades, o que acarretará variações consideráveis na forma como cada ente municipal disciplinará o seu estatuto.

As reflexões de Milaré evidenciam que o legislador constituinte se preocupou em definir as bases de uma política nacional de desenvolvimento urbano sustentável, integrando e buscando a conciliação entre o desenvolvimento das cidades aliado ao desenvolvimento urbano e à proteção ambiental e essas metas e anseios, do constituinte e também dos habitantes, devem ser captados pelos gestores municipais e refletidos na política urbana que vier a ser adotada²⁴⁰.

Apesar disso, muitos municípios não elaboraram o seu plano diretor²⁴¹, necessário para aplicar os instrumentos destinados a garantir o cumprimento da função social da propriedade. Outros, apesar de terem adotado plano diretor, sequer regulamentaram esses instrumentos²⁴² e outros, ainda, em decorrência da falta de planejamento, aplicaram-nos de forma inadequada²⁴³, comprometendo ou retardando o desenvolvimento dos respectivos centros urbanos.

²⁴⁰ “A ordem jurídica brasileira, a partir da Constituição Federal de 1988, consagra de modo inequívoco o *princípio do desenvolvimento sustentável*. Para a integração do desenvolvimento socioeconômico com a conservação da natureza, a Constituição relaciona com um dos valores da ordem econômica, em seus arts. 1º, III, 3º, I, II, III e IV, 4º, II e IX, 5º, II e IV, 170, 182, 183 e 225, a *existência digna* e o *bem de todos* com o respeito à *capacidade de sustentação*, defesa e proteção do meio ambiente e da sadia qualidade de vida, inclusive no ambiente urbano”. Cf. MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco, p. 649-652.

²⁴¹ “Como muitos municípios não têm obrigação legal de formular seu plano diretor por possuírem menos de 20 mil habitantes, destaca-se que, dos 1.742 municípios “que necessitavam elaborar o plano diretor, conforme previsto no Estatuto das Cidades, restaram 188 (10,8%) que ainda não o haviam feito. Destes, no entanto, 92 (5,3%) afirmaram que o Plano estava em elaboração” (IBGE, 2016)”. OLIVEIRA, Celso Maran de; LOPES, Dulce; SOUZA, Isabel Cristina Nunes de. Direito à participação nas políticas urbanísticas: avanços após 15 anos de estatuto da cidade. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, mai/ago. 2018. p. 330.

²⁴² “O EC [Estatuto da Cidade] reforçou a obrigatoriedade de os municípios aprovarem ou revisarem seus Planos Diretores, buscando incorporar os princípios e os instrumentos de política urbana instituídos pela legislação federal, o que levou a um aumento do número de novos Planos no país. Estudo realizado por Santos & Montandon (2011) revela que, em 2009, 87% dos 1.644 municípios com mais de 20 mil habitantes declararam ter Plano Diretor. Entretanto, a maioria ainda não estava aplicando os instrumentos que fazem cumprir a função social da propriedade, ou por não ter conseguido incorporá-los ao Plano, ou porque não são autoaplicáveis, isto é, sua aplicação depende de legislação complementar ainda não aprovada”. DENALDI, Rosana; BRAJATO, Dânia; SOUZA, Claudia Virgínia Cabral de; FROTA, Henrique Botelho. A aplicação do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (PEUC). **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, p. 174.

²⁴³ Cf. DENALDI, Rosana; BRAJATO, Dânia; SOUZA, Claudia Virgínia Cabral de; FROTA, Henrique Botelho. A aplicação do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (PEUC). **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, p. 175-181.

Enquanto as normas gerais de desenvolvimento urbano, fixadas pela Constituição e pelo Estatuto da Cidade, possuem uma pretensão de generalização e homogeneização, o plano diretor possui uma pretensão de diferenciação, devendo ser elaborado de acordo com a realidade e as necessidades de cada cidade, sem olvidar a disponibilidade de recursos para tornar efetiva a referida política pública.

Para Meirelles,

*O plano diretor deve ser uno e único, embora sucessivamente adaptado às novas exigências da comunidade e do progresso local, num processo perene de planejamento que realize a sua adequação às necessidades da população, dentro das modernas técnicas de administração e dos recursos de cada Prefeitura*²⁴⁴.

A disciplina legal do plano diretor evidencia ser ele o instrumento básico de desenvolvimento urbano não sendo, porém, o único. Nesse sentido, Silva aponta a existência de diversas normas urbanísticas, as quais podem ser agrupadas de acordo com a sua especialidade, conforme segue²⁴⁵:

a) normas de sistematização urbanística: são aquelas destinadas à estruturação e organização dos espaços urbanos habitáveis e se desdobram em normas de planejamento urbanístico e em normas de ordenação do solo.

b) normas de intervenção urbanísticas: são aquelas que disciplinam o exercício de propriedade e impõem restrições ao direito de construir.

c) normas de controle urbanístico: são as destinadas a disciplinar a conduta dos habitantes em relação ao uso do solo, as que aprovam os planos de urbanificação, disciplinam a licença para edificar.

Essa legislação vem integrar o plano diretor, possuindo maior densidade normativa para tornar efetiva a política de desenvolvimento urbano, além de poder ser alterada com mais facilidade para se adequar às novas realidades.

²⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**, p. 404. A revisão periódica do plano diretor, para adequá-lo à realidade cambiante das cidades, vem imposta no art. 40, § 3º, da Lei nº 10.257/2001.

²⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**, p. 64.

O plano diretor vai muito além de apenas disciplinar o uso do solo urbano, embora esta seja uma preocupação do legislador ordinário voltada ao cumprimento da função social da propriedade, o que fica bem evidente com a previsão do art. 39 do referido diploma legal²⁴⁶.

Com a Constituição da República e em virtude das diretrizes gerais fixadas no Estatuto da Cidade, o plano diretor foi aprimorado e tornado instrumento democrático. Antes da nova configuração jurídica, o plano diretor era um documento de caráter exclusivamente técnico, disciplinador da ocupação do solo e projeto de futuro da cidade. Com o advento das normas constitucionais e das novas diretrizes legais, o plano diretor passou a ser instrumento político, criador do espaço de debate sobre as estratégias de intervenção nas cidades²⁴⁷.

Embora a previsão constitucional do art. 182 faça menção à política de desenvolvimento urbano, fato é que o plano diretor não deve contemplar apenas e tão-somente a área urbana. Ao contrário, o comando constitucional determina que o desenvolvimento urbano conduza ao bem-estar de seus habitantes, o que indica que a política pública deve considerar a integralidade do território municipal, articulando as áreas urbanas e rurais de modo a estabelecer os instrumentos necessários à condução das cidades ao desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido é a previsão do art. 40, § 2º, do Estatuto da Cidade, ao estabelecer que “O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo”²⁴⁸.

O plano diretor deve ser aprovado por lei, devendo ser elaborado observando-se as diretrizes gerais estabelecidas em cumprimento à determinação

²⁴⁶ No mesmo sentido é o pensamento de Milaré, ao afirmar que “[...] É verdade que parte substancial da Política Nacional Urbana centra-se sobre o uso do solo e a propriedade, porém, ela o faz para acentuar a função social dessa mesma propriedade. Nesse sentido, o art. 39 pretende assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos, integrando qualidade de vida, justiça social e desempenho das atividades econômicas”. MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**, p. 670.

²⁴⁷ Cf. VIEIRA, Maria das Graças; SILVA, Cédrick Cunha Gomes da. Plano diretor como instrumento de planejamento participativo: um estudo na Cidade de Caruaru/PE. **Gestão e Sociedade**, p. 182.

²⁴⁸ Cf. BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. **Portal da Legislação**. Brasília, jul. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10257.htm>. Acesso em 07 de out. 2019.

constitucional, bem como em consonância com as disposições da lei orgânica municipal.

Isso não significa que deverá prever em todas as minúcias as ações a serem desenvolvidas para conduzir ao desenvolvimento urbano sustentável, pois isso poderia acarretar o engessamento das disciplinas legais. Ao contrário, o plano diretor deve possuir abertura normativa suficiente para permitir que outros instrumentos jurídicos disciplinem questões específicas de desenvolvimento urbano²⁴⁹.

O plano diretor, sendo o principal instrumento de desenvolvimento urbano municipal e estando vocacionado a proporcionar o bem-estar de seus habitantes, deve ser fruto de planejamento adequado por parte do poder público e gestado a partir da participação direta da população. Por isso o legislador ordinário previu, no art. 40, § 4º, do Estatuto da Cidade, a obrigatoriedade de o plano diretor ser elaborado mediante a participação direta da sociedade.

A importância desse instrumento de política urbana exige mais que a promoção da democracia representativa, exige que a população se envolva diretamente na definição dos rumos das cidades, na gestão e na fiscalização da sua implementação²⁵⁰.

Os problemas públicos não serão resolvidos apenas pelo estabelecimento de normas jurídicas. Também não será a atuação isolada do Poder Público que

²⁴⁹ “[...] Assim, observadas as disposições dos arts. 41 e 42, terá ele desdobramentos diversos, como a lei de uso e ocupação do solo, código de obras, defesa do patrimônio ambiental, saneamento e outros que se fizerem necessários, em consonância com as dimensões e as características do território e da população do Município”. MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**, p. 671.

²⁵⁰ “Inegavelmente, a política pública pode ser um poderoso instrumento para a construção de um desenvolvimento sustentável e inclusivo. Daí a importância de se fortalecer o debate acerca das políticas emancipatórias, aquelas em que, após a alocação de recursos materiais, humanos e técnicos, a população envolvida consiga ampliar sua autonomia e prover as condições para autossustentação econômica e autogestão”. CATTANI, Antonio David; FERRARINI, Adriane Vieira. Participação, desenvolvimento local e política pública: estratégias articuladas para a superação da pobreza. **Revista Katál**, p. 165. Cf, ainda, BIRKNER, Walter Marcos Knaesel. Desenvolvimento regional e descentralização político-administrativa: um estudo comparativo dos casos de Minas Gerais, Ceará e Santa Catarina. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, v. 16, nº 30, jun. 2008, p. 297-311, para uma análise sobre como a articulação da sociedade civil foi substituída pela atuação do Poder Público, causando inflexão no cenário econômico e social, em decorrência da alternância de governantes que não deram seguimento aos projetos em curso.

conduzirá as cidades ao desenvolvimento sustentável, mediante a articulação das diversas políticas públicas e o enfrentamento dos desafios com os quais as sociedades se deparam. Somente com o planejamento e a ação articulada entre o político e o social, entre o Estado e a sociedade civil, mediados pelo Direito, será possível desenvolver políticas públicas aptas a promover o desenvolvimento urbano sustentável, integrando toda a sociedade e permitindo a emancipação cidadã.

2.3 O PODER JUDICIÁRIO COMO GUARDIÃO DAS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE

A Constituição da República foi muito generosa no estabelecimento de direitos fundamentais das mais diversas gerações²⁵¹, sem que isso conduza à sua efetivação no plano fático.

A efetivação dos direitos individuais classificados como de primeira geração não acarretam maiores problemas. As dificuldades surgem na concretização dos direitos sociais e dos transindividuais, os quais demandam recursos públicos, planejamento, políticas públicas responsáveis e afinadas com os problemas a serem enfrentados²⁵².

O primeiro modelo de Estado jurídico surgiu a partir da Revolução Francesa, em substituição ao Estado Absolutista, destinado a ser o guardião das liberdades individuais. Isso foi possível porque a doutrina de uma classe se tornou a doutrina de todas as classes²⁵³.

Segundo Bonavides, para alcançar o seu intento, a burguesia formulou os

²⁵¹ Para uma análise das categorias de direitos fundamentais, consultar SCHÄEFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2005.

²⁵² Acerca dos problemas enfrentados para a efetivação dos direitos fundamentais, consultar SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007.

²⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 42.

princípios que nortearam sua revolta social e difundiu-as como sendo comum a toda sociedade. Mas ao deixar de ser a classe dominada para ser classe dominante, tomando em suas mãos o poder político, a universalidade dos princípios então formulados deixou de interessar à burguesia, que a reconhecia apenas formalmente.

Clève assinada, quanto ao Estado Liberal:

[...] De que liberdade se tratava? Por certo que não daquela dos antigos que conduzia à técnica da participação dos cidadãos no processo político (democracia), senão uma nova concepção de liberdade que conduzia à demarcação de importante esfera de autonomia do cidadão (e da sociedade) contraposta àquela do Estado. O “objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança das fruições privadas: eles chamam de liberdade as garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições”²⁵⁴.

A ideia propulsora da revolução social, fomentada pela burguesia e que resultou no Liberalismo Clássico, era retraindo o poder do Estado e criar um ambiente propício ao desenvolvimento econômico, em benefício dos próprios interesses burgueses²⁵⁵.

No Estado absolutista, por razões econômicas, a burguesia havia renunciado ao poder político, delegando-o ao soberano. Com a Revolução Francesa e influenciados pelo contratualismo de Rousseau²⁵⁶, a burguesia não queria apenas

²⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. do livro Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34.

²⁵⁵ “A burguesia triunfante, ao soar esse ensejo histórico, enfeixava todos os poderes e se justificava como se fora o denominador comum de todas as classes, por cuja liberdade – uma liberdade que, de modo concreto, só a ela aproveitava em grande parte – havia terçado armas com o despotismo vencido. Como se vê, o título de representação da liberdade fora usurpado pela burguesia. Em verdade, o que ela representava era uma liberdade de cunho político, que se compadecia harmoniosamente com os seus interesses de classe social preponderante e com a ordem de relações econômicas que sustentava, como força vanguardista da Revolução Industrial incipiente”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 67.

²⁵⁶ É significativa a seguinte passagem da obra de Rousseau: “A primeira e mais importante consequência dos princípios acima estabelecidos é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum: pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível. O vínculo social é formado pelo que há de comum nesses diferentes interesses, e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordam, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, é unicamente com base nesse interesse comum que a

manter o poder econômico, mas sim tomar para si o poder político²⁵⁷.

Logrado êxito nesse projeto e implantado o Estado Liberal, que acarretou a limitação do Estado, influenciou a concepção de direitos fundamentais de proteção contra a intervenção estatal, estabeleceu a relação entre os Poderes e a própria função do processo²⁵⁸, o que se seguiu foi uma demonstração das incongruências do liberalismo clássico e o acirramento das desigualdades sociais. O modelo político liberal havia esvaído sua capacidade de organizar uma sociedade marcada pelas diferenças decorrentes do processo de industrialização²⁵⁹.

De fato, com o reconhecimento de amplo espaço de atuação livre da intervenção do Estado, protegido pelas regras jurídicas cuja elaboração normativa contou com a contribuição da burguesia, as relações entre o capital e o trabalho se mostraram desequilibradas, gerando distorções perceptíveis no campo social. Da análise empreendida por Sarlet constata-se que

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social [...]”²⁶⁰.

Não se tratava mais, como pondera o autor, de uma liberdade perante o

sociedade deve ser governada”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 33.

²⁵⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**, p. 51.

²⁵⁸ Para uma análise dos impactos que a transição do Estado Liberal Clássico para o Estado Contemporâneo acarretaram para o processo e para a jurisdição, ver ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Estado (RSCHTD)**, 3 (i), jan-jun 2011.

²⁵⁹ Cf. LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. **O Estado e suas crises**. Org. José Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 180.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 56-57.

Estado, mais de uma liberdade que somente pode ser conquistada e usufruída por intermédio do Estado, em que ele deixa de ser o garantidor dos direitos de liberdade e passa a ser o provedor das necessidades que não podem ser supridas pela atuação individual de cada cidadão.

O Estado intervencionista, destaca Streck, não é uma concessão do capital, mas a única forma de a sociedade capitalista se preservar, empenhando-se na promoção da diminuição das desigualdades sociais. Nesse sentido, o aumento das atribuições do Estado atende a dois objetivos contraditórios: “a defesa da acumulação do capital, em conformidade com os propósitos da classe burguesa, e a proteção dos interesses dos trabalhadores”²⁶¹.

O advento do Estado Social alterou a relação entre os Poderes, levou a concepção de novos direitos, agora com características coletivas, e exigiu uma revisão da estrutura e da função do processo destinado à efetivação dos direitos.

No que toca à relação entre os Poderes, o protagonismo na proteção dos direitos deixou de ser do Poder Legislativo, reinante durante a vigência do Estado Liberal, e passou a ser do Poder Executivo, que possui as melhores condições para atuar materialmente moldando a realidade social e econômica²⁶².

Apesar de todo o esforço empreendido pelo Estado Social visando à diminuição das desigualdades sociais geradas pelo liberalismo, a realidade atual demonstra que os seus objetivos não foram alcançados sequer satisfatoriamente. Segundo Streck, grande parte da elite brasileira professa que a modernidade acabou. Mas,

Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da

²⁶¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 24.

²⁶² Cf. LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. **O Estado e suas crises**, p. 181.

sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/moteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1966, *custou a estabilidade no emprego para os milhões de brasileiros!* [...] ²⁶³.

Para o autor, ainda existe um grande déficit social no Brasil, devendo-se defender as instituições da modernidade como meio de superação do *apartheid* social ²⁶⁴. O Estado Social levou ao reconhecimento de novos direitos, pertencentes não apenas a determinados indivíduos considerados isoladamente. Ao contrário,

[...] em face do poder público, os cidadãos não dispõem, agora, apenas de direitos que possuam como contrapartida um dever de abstenção (prestações negativas); eles adquiriram direitos que, para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir (obrigação de dar ou de fazer: prestações positivas). Aos direitos clássicos, individuais (liberdade de locomoção, propriedade, liberdade de expressão, ou de informação etc.), acrescentou-se uma nova geração de direitos como os relativos à (proteção da) saúde, educação, ao trabalho, a uma existência digna, entre outros ²⁶⁵.

A efetivação de direitos sociais somente poderiam se legitimar, no Estado de Direito, por meio de leis aprovadas pelo Legislativo ²⁶⁶. As políticas públicas definidas em lei e implementadas pelo Poder Executivo acarretaram, desse modo, a politização do direito, além de dependência política, econômica e cultural. Essa nova realidade alterou a relação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, tendo em vista a natureza das novas demandas, que deixaram de ser individuais e passaram a ser massificadas ²⁶⁷.

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 27-28.

²⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, p. 37.

²⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**, p. 37.

²⁶⁶ “Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare State* neocapitalista –, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**, p. 100.

²⁶⁷ Cf. LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. **O**

A efetivação judicial de direitos fundamentais no Estado Liberal contava com um sistema processual adequado a essa finalidade, pensado e estruturado para resolver litígios individuais. O reconhecimento de direitos pertencentes não a um indivíduo apenas, mas à coletividades, não foi acompanhado, no plano normativo, de instrumentos jurídicos aptos a torna-los efetivos por meio da atuação do Poder Judiciário. Nesse sentido, o processo passou a ser um obstáculo à efetivação dos direitos sociais²⁶⁸ quando não realizados pelas instâncias de representação política.

O reconhecimento da constituição como instrumento jurídico, após a II Guerra Mundial, consolidou o Estado constitucional de direito. A constituição deixava de ser apenas um documento político, cuja realização de suas prescrições dependia da vontade política do legislador e do governante e cujo descumprimento não criava nenhum constrangimento jurídico aos seus infratores²⁶⁹.

Apesar dessa disfunção, nesse novo contexto instaurado pelo Estado Social a relação entre os Poderes de altera novamente, passando o Poder Judiciário a figurar como protagonista na realização dos direitos fundamentais, já que no Estado Constitucional de Direito passa a vigorar “a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal [...] na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”²⁷⁰.

Isso ocorre porque os direitos plasmados no texto constitucional passam a criar obrigações ao Poder Público, de um lado, e a reconhecer direitos aos cidadãos, de outro, acarretando a legitimidade destes para vindicar os direitos consagrados constitucionalmente e sonegados pelo Estado.

Estado e suas crises, p. 181.

²⁶⁸ “A nova ordem constitucional e a nova concepção de Estado trouxeram novas necessidades para o direito processual, surgindo ondas de renovação para o sistema processual concebido no Estado Liberal Clássico, na medida em que é natural que o instrumento de altere para adaptar-se às mutantes necessidades funcionais e estruturais decorrentes da variação dos objetivos substanciais que a sociedade de massa persegue e precisa. Para tanto, fizeram-se (e, mais: ainda se fazem!) necessárias mudanças (estruturais) no sistema processual”. ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Estado (RSCHTD)**, p. 88.

²⁶⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 240-241.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, p. 240.

Justamente diante dessa realidade afirma Olsen que as normas que compõem a Constituição comandam, de modo que a sua inobservância autoriza a deflagração de mecanismos próprios de constrangimento aos destinatários omissos ou negligentes no cumprimento das disposições constitucionais, aptos a garantir a imperatividade da Constituição²⁷¹.

O direito ao desenvolvimento urbano, como visto anteriormente, é um direito fundamental de caráter transindividual o qual, para ser realizado, nos termos do art. 182 do texto constitucional, exige do Poder Público o estabelecimento de diretrizes de desenvolvimento urbano sustentável, a formulação e a implementação de política pública adequada ao atingimento desse objetivo.

As políticas de desenvolvimento urbano devem ser o resultado de planejamento integrado e abrangente, pensado em rede e discutido com os destinatários das ações estatais, o que exige competência técnica e comprometimento político com a realização de projetos de Estado de longo prazo.

O atendimento descompromissado dos mandamentos constitucionais nessa área – desenvolvimento urbano sustentável –, por parte dos governantes e gestores públicos, legitima a atuação do Poder Judiciário enquanto guardião da ordem constitucional e tutor último dos direitos fundamentais.

A previsão de direitos no plano normativo, especialmente em nível constitucional, sem a atuação prática do Poder Público vulnera a Constituição e viola justas expectativas da sociedade, a qual não consegue, por si só, moldar a realidade de modo a garantir o bem-estar de toda a comunidade, autorizando o acesso ao Poder Judiciário para tornar realidade as promessas constitucionais não cumpridas.

²⁷¹ Cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes. Efetivação dos direitos fundamentais sociais pela jurisdição constitucional. **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. vol. I. Coordenação Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 911, a qual afirma, ainda, que tão importante quando qualificar os direitos sociais como categoria dos direitos fundamentais é reconhecê-los como direitos subjetivos.

CAPÍTULO 3

LIMITES À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO URBANO

O Estado Social trouxe consigo novas categorias de direitos fundamentais e alterou a forma como os Poderes do Estado se relacionam entre si, colocando em evidência o Poder Judiciário como guardião dos direitos. As promessas constitucionais carentes de efetivação criaram o ambiente propício para que tensões fossem geradas entre o Poder Judiciário, de um lado, atuando para tornar efetiva a Constituição, e os Poderes Legislativo e Executivo, do outro, que não conseguem ajustar os passos com os anseios da sociedade, descumprindo reiteradamente suas obrigações constitucionais de assegurar a fruição dos direitos coletivos e difusos.

Os diversos problemas decorrentes da relação conflituosa entre os Poderes do Estado e as críticas dirigidas ao Judiciário justificam, neste capítulo, a investigação dos limites impostos à intervenção judicial nas políticas de desenvolvimento urbano.

Compreendido o desenvolvimento urbano sustentável como direito fundamental, exige-se a sua implementação por parte do Estado, que deve formular políticas públicas adequadas, em um ambiente democrático e que conte com a participação popular efetiva.

Para tanto, deve-se assegurar às instituições democráticas as condições necessárias para que os debates ocorram, bem como tempo razoável para que as decisões políticas sejam executadas. Tudo isso deve ocorrer sob o olhar atendo do Poder Judiciário, a quem cabe afastar lesão ou ameaça a direito, resguardando a supremacia constitucional e tornando efetivas as suas normas.

O ponto de equilíbrio na relação entre os Poderes do Estado, ao mesmo tempo em que se asseguram os espaços de deliberação democrática e se garante a efetiva proteção dos direitos fundamentais exige a identificação dos limites impostos

pela Constituição à atuação legítima dos órgãos de soberania do Estado.

A análise que se empreenderá neste capítulo tem por objetivo identificar eventuais limites à intervenção judicial em políticas de desenvolvimento urbano.

Objetivando delimitar o âmbito da investigação aqui realizada, serão considerados apenas os eventuais limites decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais – princípios e regras – de direito urbanístico, e das normas constitucionais definidoras das competências legislativas e materiais (administrativas).

A análise aqui realizada não exclui outros limites porventura existentes, estabelecidos de forma explícita ou implícita no texto constitucional, ou decorrentes do regime por ela adotado.

3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A INTERVENÇÃO JUDICIAL

Do art. 2º do texto constitucional se extrai que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁷², do qual é projetado o tradicional princípio da Separação dos Poderes.

A teoria da Separação de Poderes foi aprimorada por Montesquieu, que já no século XVIII externou preocupação com os abusos praticados pelos governantes. Escreveu ele:

A democracia e a Aristocracia não são Estados livres, por natureza. A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder. Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites.

²⁷² Cf. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 out. 2019.

Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue, e a não fazer as coisas que a lei permita²⁷³.

No Estado de Direito recém-criado pela Revolução Francesa, de feições eminentemente liberais, a limitação dos Poderes era uma medida necessária para salvaguardar os direitos fundamentais então reconhecidos. Sem a limitação dos Poderes estatais não poderia haver direitos frente ao Estado²⁷⁴.

A doutrina da Separação dos Poderes foi adotada em diversos estados nacionais, influenciados que foram pela declaração de direitos que reconhecia a necessidade da limitação do poder estatal como inerente ao Estado de Direito.

Tratada como princípio e como tal aplicada, sem a devida reflexão e delimitação técnica, a teoria da Separação dos Poderes pode dar azo a equívocos, conduzindo a soluções práticas que não entram em ressonância com o texto constitucional, vulnerando-o e abrindo oportunidades para legitimar decisões que acarretam erosão da força normativa da Constituição.

No primeiro capítulo desta dissertação foi analisada a tipologia das normas constitucionais quando se optou, para os fins deste trabalho, pela adoção da teoria de Alexy.

Aplicando a teoria dos princípios definida em Alexy, tem-se que a Separação dos Poderes comporta dupla análise, ora aparecendo como princípio, ora

²⁷³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 165.

²⁷⁴ “No estágio despótico do Estado francês, o poder estava basicamente concentrado nas mãos do monarca e de seus funcionários delegados. A liberdade dos indivíduos estava à mercê de leis que correspondiam à própria vontade de quem as executava, ou seja, à vontade do rei. Essa fase é expressa maximamente pela famosa frase de Luís XIV, o Rei Sol: ‘L’État c’est moi’. O monarca era o soberano, o poder estatal estava em suas mãos e era exercido conforme sua consciência, já que a lei, na verdade, representava tão somente a vontade do rei formalizada. Enquanto isso, do ponto de vista da produção, o sistema de produção feudal evolui para o capitalismo comercial. E enquanto o poder político se mantivera nas mãos da nobreza, o poder econômico passou a ser detido pela burguesia”. BIELSCHOWSKY, Raoni. O poder judiciário na doutrina da separação dos poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 49, nº 195, jul/set 2012. p. 275.

como regra.

A declaração de direitos do homem e do cidadão, fruto da Revolução Francesa, tinha a pretensão de universalização dos direitos ali contemplados e, nesse sentido, a Separação de Poderes deveria ser tomada como sinônimo de instrumento de proteção dos direitos fundamentais em um Estado governado pelas leis.

Colhe-se de Comparato a seguinte passagem:

O estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 dos *bills of rights* dos Estados Unidos. Os americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a ideia de liberdade a outros povos. Aliás, o sentido que atribuíram à sua *revolution*, como acima lembrado, era essencialmente o de uma restauração das antigas liberdades e costumes, na linha de sua própria tradição histórica.

Os revolucionários de 1789, ao contrário, julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros, nos debates da Assembleia Nacional Francesa sobre a redação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, multiplicaram-se as intervenções de deputados nesse sentido. Dèmeunier afirmou, na sessão de 3 de agosto, que “esses direitos são de todos os tempos e de todas as nações”. Mathieu de Montmorency repetiu, em 8 de agosto: “os direitos do homem em sociedade são eternos, [...] invariáveis como a justiça, eternos como a razão; eles são de todos os tempos e de todos os países”. Pétion, que foi *maire* de Paris, considerou normal que a Assembleia se dirigisse a toda a humanidade: “Não se trata aqui de fazer uma declaração de direitos unicamente para a França, mas para o homem em geral”.²⁷⁵

Nesse sentido, a Separação de Poderes deveria ser entendida não como inerente ao Estado, mas sim como garantia dos cidadãos contra os abusos praticados pelo Estado. A Separação de Poderes conduziria a uma determinada configuração do Estado em que um Poder limitaria e controlaria o outro, em benefício das liberdades públicas e, mais tarde, dos direitos sociais.

Essa teoria, porém, não estabelecia os parâmetros e os limites da

²⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 145-146.

operacionalização da Separação dos Poderes, podendo assumir qualquer configuração no caso concreto. Haveria, por assim dizer, um mandado de otimização²⁷⁶ que dependeria das condições fáticas e jurídicas de cada Estado, a condicionar a disciplina normativa a ser adotada internamente.

Ao elaborar suas constituições os Estados, que se inspiraram nos ideais da Revolução Francesa, positivariam em seus textos a teoria da Separação dos Poderes, dando-lhe a configuração mais adequada a sua realidade. Disso decorre que a Separação de Poderes pode se apresentar de forma muito diversa de um Estado para outro²⁷⁷.

A análise da teoria da Separação de Poderes no Brasil deve ser realizada, portanto, tendo por parâmetro a Constituição da República, que define os seus contornos²⁷⁸.

Tal análise, realizada tendo por pano de fundo a teoria de Alexy sobre as normas jurídicas – regras e princípios –, conduz à identificação da cláusula da Separação de Poderes no Direito brasileiro como regra constitucional, ao dispor que os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si e, após, definindo o âmbito de atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

No exercício de suas atribuições, pode-se identificar em maior ou menor medida a existência de espaços discricionários²⁷⁹ assegurados aos Poderes da

²⁷⁶ Como afirmado, a base teórica para esta análise é a de Alexy. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90.

²⁷⁷ Sobre a incorporação do direito internacional que versar sobre direitos humanos ao direito interno de cada país, assim como a comunicação entre ordens jurídicas, Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. I, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 506-507, de onde se extrai o seguinte fragmento: “3. Como buscamos demonstrar em estudo publicado na Alemanha em meados dos anos setenta, outros abordamentos podem desvendar um campo de pesquisa bem mais rico e fértil, quais sejam, o status interno (nacional) de disposições jurídicas internacionais a partir do prisma do direito constitucional (comparado), ou o exame ou a interpretação do direito interno pelos tribunais internacionais (para verificar a compatibilidade do direito interno com o direito internacional), ou a relevância do direito interno no processo legal internacional, ou a implementação de decisões judiciais internacionais pelos tribunais internos [...]”.

²⁷⁸ Para uma análise da teoria da Separação dos Poderes em países presidencialistas e as insuficiências de análise, Cf. GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**. n. 17, nov. 2001, p. 75-106.

²⁷⁹ A discricionariedade aqui indicada não pode ser confundida com a ausência de limites ao exercício

República, em determinadas matérias. Mas essa discricionariedade não autoriza uma atuação para além dos limites traçados pela Constituição, sob pena de caracterizar a usurpação de competências de um órgão estatal por outro. Vale dizer, o exercício de todas as atribuições definidas constitucionalmente devem guardar relação com a Constituição, como condição de legitimidade dos atos estatais.

Com a instauração de uma Assembleia Nacional Constituinte, em que os trabalhos não estão condicionados por normas jurídicas preestabelecidas²⁸⁰, a teoria da Separação de Poderes figura na forma de princípio, recomendando ao legislador constituinte a organização dos órgãos estatais de tal forma que eles possam exercer com autonomia e em condições de igualdade as competências que lhe forem assinadas pela norma Constituição.

Disso decorre que a divisão de poderes não aparece, em toda e qualquer época ou lugar, com a mesma configuração e harmonia desejados²⁸¹. A história funciona como um pêndulo, ora exigindo do Poder Executivo atuação mais ativa, ora do Legislativo. Outras vezes é o Judiciário o protagonista, mas sempre atuando de forma regulada pelo Direito.

das competências. A concepção de discricionariedade aqui tratada é a mesma exposta por Freitas, que reconhece certa liberdade de ação, mas sempre vinculado aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Cf. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, p. 353.

²⁸⁰ “Decerto, enquanto faculdade essencial de auto-organização do Estado, o poder constituinte perdura ao longo da sua história e pode ser exercido a todo o tempo; e, na medida em que prevaleça a soberania do povo como princípio jurídico-político, ao povo cabe decidir sobre a subsistência ou não da Constituição positiva, a sua alteração ou a sua substituição por outro. Todavia, para lá da consideração abstracta da legitimidade, têm de se tomar em conta as condições concretas em que o poder constituinte há-de vir a ser exercendo, as determinações históricas de ruptura ou de transição constitucional e a efectividade que se espera vir a adquirir uma nova Constituição. É preciso atender aos riscos para a segurança jurídica advenientes da diminuição ou do esvaziamento da força normativa da Constituição. E, se se invoca o princípio democrático, caber verificar se é o povo que, real e livremente, quer a mudança, de que maneira e com que meios”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 130.

²⁸¹ Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo, p. 28. Na introdução da obra, em análise da divisão de poderes proposta por Montesquieu, o tradutor faz a seguinte observação: “[...] *Quarta*. O que Montesquieu ressalta é a divisão dos Poderes; não a sua harmonia. A divisão no sentido de terem eles funções próprias, não exercitáveis por outro Poder. Funções que se interlaçam muitas vezes, cada Poder concorrendo, dentro da sua esfera, para um desiderato comum, único. Mas, mesmo nessa colaboração, afirma-se divisão entre eles. Ao atuarem juntos, cada qual intransigente nas suas funções, resultará politicamente, não por expressa disciplina legal, a harmonia entre eles. É assim que se compreende não agirem os Poderes isolados, em áreas estanques, mas agirem concorrentemente, e no entanto independentes, dentro da realidade política, naturalmente dinâmica [...]”.

A evolução por que passou o Estado, do absolutismo até o liberalismo, acarretou mudanças consideráveis no mundo fático e jurídico. Num primeiro momento houve a concentração de poder nas mãos do soberano, nascendo, assim, o Estado Absolutista, em que o rei concentrava as três funções do Estado (função de legislar, executar as leis e julgar os cidadãos). Num segundo momento surge o Estado Liberal²⁸² cuja ideologia retratava a limitação estatal, deixando espaço maior para a atuação do cidadão. Face às consequências acarretadas pelo capitalismo concorrencial, o Estado passou de liberal a Estado de prestações²⁸³, aumentando suas atribuições e exigindo-lhe maior participação ativa na realização de seus escopos²⁸⁴.

É inadequado compreender e aplicar a regra da Separação dos Poderes considerando apenas o seu aspecto formal, tal como posto por Montesquieu, pois essa postura deixa de contemplar as peculiaridades de cada Estado e o regramento constitucional especificamente considerado. A devida conformação da regra da Separação dos Poderes deve ser buscada no texto constitucional vigente em cada país, conforme dito²⁸⁵.

Barroso aponta para a existência de duas dimensões da Separação dos Poderes indicando, como conteúdo da primeira dimensão, a especialização

²⁸² “A doutrina liberal era tributária de uma idéia limitada e juridicamente controlada do Estado. Um Estado responsável em última análise, unicamente pela segurança das relações sociais e que, para desempenhar tal finalidade, limitava-se a produzir a lei e a executá-la, bem como a censurar a sua violação. O Estado Liberal é um Estado *gendarme*, por isso mesmo apelidado de *guarda noturno* por Lassale.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**, p. 36.

²⁸³ Esse termo é utilizado por CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**, p. 37, e quer significar Estado Social, como adverte o mesmo autor. Ver ainda, BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. São Paulo: Editora UNB – Imprensa Oficial, 2004. p. 416, para quem “o Estado do Bem-Estar (*WelfareState*), ou Estado assistencial, pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante ‘tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político’”.

²⁸⁴ “O Estado mínimo, com reduzidas competências, vai assumindo mais e mais funções. O ‘Estado-arbitro’ cede espaço para o ‘Estado de Prestações’. A própria idéia de direitos fundamentais sofreu sensível deslocamento: em face do poder público, os cidadãos não dispõem, agora, apenas de direitos que possuam como contrapartida um dever de abstenção (prestações negativas); eles adquiriram direitos que, para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir (obrigação de dar ou de fazer: prestações positivas). Aos direitos clássicos, individuais (liberdade de locomoção, propriedade, liberdade de expressão ou de informação etc.), acrescentou-se uma nova geração de direitos como os relativos à (proteção da) saúde, educação, ao trabalho, a uma existência digna, entre outros.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**, p. 37.

²⁸⁵ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**, p. 44.

funcional dos órgãos do Estado, o que pressupõe a titularidade, por cada um dos Poderes, de competências que lhe são próprias. A segunda dimensão da referida regra se traduz na necessária independência orgânica, que acarreta algumas consequências²⁸⁶.

Ao enfrentarem a questão, Sarlet, Marinoni e Mitidiero destacam a posição de deferência que deve nortear as relações entre os Poderes, o que significa que um Poder da República deve observar e respeitar o espaço constitucionalmente reservado à atuação dos demais. O Poder Judiciário, por sua vez, deve adotar postura autorrestritiva em sua relação com o Poder Legislativo, limitando-se ao exercício do controle da legislação de modo a manter a liberdade de conformação do legislador²⁸⁷.

Com Canotilho é possível compreender a Separação de Poderes da seguinte forma, tratada pelo autor como princípio:

A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como 'divisão', 'controle' e 'limite' do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva). O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à ideia de divisão de poderes; o sentido referido em (2) aponta sobretudo para a ideia de separação de poderes. O princípio da divisão como forma e meio de *limite do poder* (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação na qualidade de *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa

²⁸⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 174. As consequências decorrentes da independência orgânica, enumeradas pelo autor, são as seguintes: "(i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisões exclusivamente políticas, (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de suas independência frente aos demais Poderes".

²⁸⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. tir. São Paulo: RT, 2012. p. 219.

*responsabilidade pelo exercício de um poder*²⁸⁸.

Depreende-se que para Canotilho, que serviu de fonte para os autores citados anteriormente, a dimensão negativa da Separação dos Poderes se traduz em fundamento jurídico da atuação de cada qual, conferido pela Constituição ao dar-lhes forma jurídica, bem como garante proteção à “esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evita a concentração de poder”. A dimensão positiva, por sua vez, assegura a adequação das funções do Estado, ao definir as competências, funções e tarefas, significando a responsabilidade pelo exercício do poder²⁸⁹.

E arremata:

[...] O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito e é feito de forma legítima*²⁹⁰.

As discussões superficiais travadas em torno da teoria da Separação dos Poderes tende a desconsiderar que ela ultrapassa a sua mera declaração formal, segundo a qual haverá ofensa quando um Poder da República exercer competência assinalada a outro, desconsiderando o regramento constitucional a partir do qual se fala e dispensando análise mais acurada sobre a real ofensa ao “núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes”²⁹¹.

Constata-se, portanto, que para além do seu aspecto formal, a teoria da Separação dos Poderes possui um aspecto substancial, que não deve ser deixado de lado nas discussões travadas em torno de sua possível violação por parte de

²⁸⁸ CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 250.

²⁸⁹ CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 250.

²⁹⁰ CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 251.

²⁹¹ “[...] A sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale de ‘rupturas de divisão de poderes’. Estas rupturas ou *desevios do princípio da divisão de poderes* só são, porém, legítimos se e na medida em que não interfiram com o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes. Com efeito quando o **núcleo essencial** dos limites de competências, constitucionalmente fixado, for objeto de violação pode estar em jogo todo o sistema de *legitimação, responsabilidade, controlo e sanção*, definido no texto constitucional. [...] Nestes casos, o princípio da separação pode funcionar como *princípio normativo autónomo* invocável na solução de litígios jurídico-constitucionais”. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 252.

qualquer dos Poderes da República, especialmente quando é possível identificar competências implícitas, mas fundadas em normas constitucionais estabelecidas, tornando a atividade de controle mais complexa.

O exercício das competências constitucionais de desenvolvimento urbano, pelo Legislativo e pelo Executivo, deve se manter dentro dos parâmetros definidos pela Constituição, cabendo ao Poder Judiciário o controle das atividades desenvolvidas por eles.

3.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Não se pode olvidar que a Constituição da República de 1988 ampliou consideravelmente o protagonismo do Poder Judiciário, ao estabelecer como garantia fundamental a inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito (CRFB/88, art. 5º, inciso XXXV)²⁹².

Mas protagonismo não pode ser confundido com ativismo, empregada aqui em a sua acepção negativa, assim como este não pode ser caracterizado abstratamente, sem levar em consideração as duas famílias do direito: a romano-germânico e a *common law*.

No Estado Liberal que se seguiu à Revolução Francesa, as atividades estatais estavam bem identificadas e delimitadas, cabendo ao Poder Público a manutenção da ordem, da segurança interna e externa e da propriedade privada. Quanto às questões econômicas, deveriam ser disciplinadas pelo próprio mercado²⁹³.

²⁹² “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 out. 2019.

²⁹³ “Tal perspectiva relaciona-se estreitamente com o modelo econômico do *laissez faire*, que acreditava no poder da ‘mão invisível’ do mercado para equacionar os problemas sociais. O Estado

As distorções causadas pelo Estado Liberal, especialmente na área social, foram as responsáveis pela deflagração de movimentos sociais que buscavam a intervenção do Estado e o reconhecimento de direitos que somente por seu intermédio poderiam ser viabilizados. Mais do que a igualdade perante a Lei, buscava-se a igualdade material e para que essa igualdade fosse viabilizada o Estado deveria assumir responsabilidades sociais²⁹⁴.

O advento do Estado Social e a positivação de direitos nos textos constitucionais alteraram significativamente as funções do Poder Judiciário e a sua relação com os demais Poderes estatais²⁹⁵. De fato, o Poder Judiciário deixa de ser apenas o guardião de direitos individuais para se tornar o controlador do cumprimento das promessas sociais próprias do Estado comprometido com as questões sociais, sendo chamado a intervir diante da inércia do Legislativo e do Executivo ou, de outro lado, quando a atuação de ambos for insuficiente.

É nesse novo contexto que o ativismo judicial começa a se delinear, nos estados que adoram o sistema de *Civil Law*, impulsionado pelas demandas de realização dos direitos sociais assegurados no plano normativo, mas sonegados no plano fático pelo Estado. Nesse sentido, destaca Ramos:

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a

ausentava-se da esfera econômica, que permanecia à mercê das forças do mercado, limitando-se ao modesto papel de protetor da segurança interna e externa e da propriedade dos seus cidadãos. Tudo o mais caberia à sociedade civil, dinamizada pela energia do mercado". SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 13.

²⁹⁴ "[...] De todo modo, a tensão entre Estado e antiestado permanece e tem uma vigência específica na tensão entre as chamadas gerações de direitos humanos. Este é o domínio em que os direitos humanos mais se confundem com os direitos de cidadania. Digo chamadas gerações de direitos humanos porque a expressão remete para uma história linear e sequencial dos direitos humanos que está muito longe dos fatos na esmagadora maioria dos países. De fato, o reconhecimento sequencial dos direitos humanos segundo uma lógica de gerações, tal como foi teorizada por T. H. Marshall [...] (primeiro, direitos cívicos, depois, direitos políticos e, por fim, direitos econômicos e sociais), só tem alguma correspondência na história moderna da Inglaterra. Na maioria dos países, a história dos diferentes tipos de direitos humanos é uma história muito contingente, acidentada, cheia de descontinuidades, com avanços e recuos [...]". SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013. p. 65.

²⁹⁵ Cf. ROMÃO, Luiz Fernando de França. A politização do Poder Judiciário e as causas do ativismo judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, vol. 12, nº 1, primeiro quadrimestre de 2017. p. 107.

extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente²⁹⁶.

O advento do Estado Democrático de Direito com a positivação de direitos sociais nos textos constitucionais, todavia, não foi suficiente para assegurar a imediata atuação do Estado na promoção de direitos aos cidadãos²⁹⁷. Decorridas várias décadas, os direitos sociais não foram realizados satisfatoriamente, sendo que no Brasil as promessas continuam não cumpridas.

Para Streck, existe no Brasil um imaginário estamental alimentado por um componente ideológico, segundo o qual a maior parte da sociedade acredita que cada um possui um lugar devidamente demarcado. Diante disso, as elites conseguiram com sucesso manusear os instrumentos de autodefesa,

[...] conseguiram manter “seu” povo admiravelmente manietado, pela escravidão, pelo genocídio, pela ignorância, pela superstição – já que a terra lhes foi compensatoriamente tão generosa, que raros foram os Palmares e os Canudos e os Caldeirões em que criaram, embora efêmeras, suas pátrias e eleição possível²⁹⁸.

No Estado Liberal ao Poder Legislativo tocava a atividade política, enquanto ao Poder Judiciário cabia a solução de litígios concretos mediante a

²⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, p. 271. Não se compartilha do mesmo pensamento do autor, no sentido de que o Estado Social impulsiona juízes e Tribunais a relevarem limites constitucionais para queimarem etapas na realização de direitos. Mas este ponto será retomado mais à frente, quando serão fundamentadas as críticas dirigidas ao seu pensamento.

²⁹⁷ “As pressões internacionais em favor da busca de uma proteção mais eficaz para os direitos econômicos, sociais e culturais, negligenciados no passado, no tocante a sua implementação, se fizeram acompanhar da gradual cristalização, no plano nacional, da concepção dos chamados ‘welfare rights’, em meio a uma proliferação, sobretudo nos países europeus, de tribunais nacionais lidando com ‘reclamações industriais e previdenciárias’. Ademais, a nova visão avançada no âmbito das Nações Unidas (*supra*) teria prontas e muitas repercussões nos distintos sistemas regionais [...]”. CAÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direitos internacional de direitos humanos**, vol. 1, p. 454.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 36-37.

aplicação de normas gerais. “Esse modelo implicaria a contenção dos juízes, uma vez que se supunha que situações de inovação e incerteza seriam raras, para as quais eram previstos procedimentos excepcionais de decisão”, deixando bem demarcado o âmbito de atuação de cada um dos Poderes²⁹⁹.

O Estado Democrático de Direito, fundado sobre uma Constituição dirigente que estabelece objetivo coletivo a serem realizados pelo governo, gera mal estar a atuação desconforme dos Poderes Públicos, configurando violações que devem ser corrigidas pelo Judiciário³⁰⁰.

A alteração funcional do Estado e a reconfiguração das atribuições dos órgãos estatais, acarretadas pelo Estado Democrático de Direito, acabou aumentando a complexidade no estabelecimento das linhas demarcatórias entre as atividades políticas e as atividades jurídicas, situação que se tornou mais delicada nos países com sistema jurídico filiado ao *Civil Law*.

A análise empreendida por Boeckel sobre a teoria das questões políticas (*political question doctrine*), que procura delimitar a área de atuação legítima dos Poderes do Estado, bem demonstra a dificuldade de aplica-la ao direito de matriz romano-germânica.

Nos países filiados ao *Common Law* o direito é criado pela atuação do Poder Judiciário, ao resolver litígios, cujas decisões servem de parâmetros de conduta, regendo e disciplinando os casos futuros. A atividade política, por sua vez, é reservada às instâncias representativas da população, palco das discussões de natureza ideológica em que são definidos os rumos políticos da sociedade, observando-se a regra da maioria parlamentar³⁰¹.

A distinção entre ato político e ato jurídico foi estabelecida juntamente com o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no direito norte-

²⁹⁹ KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós 88. **Novos estudos**. CEBRAP, n. 96, jul 2013. p. 71.

³⁰⁰ KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós 88. **Novos estudos**, p. 71-72.

³⁰¹ Cf. BOECKEL, Fabrício Dani de. Reflexões sobre a aplicabilidade da doutrina das questões políticas à realidade brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. n. 25, 2005. p. 61.

americano, quando se passou a entender que aquele não está submetido ao controle jurisdicional pelo fato de não dispor de direitos fundamentais oponíveis ao Poder Público³⁰².

A distinção entre o jurídico e o político nos países filiados ao *Civil Law* é mais difícil, porque ambas as atividades têm origem no mesmo Poder qual seja, o Poder Constituinte original³⁰³. As competências dos órgãos do Estado são demarcadas inicialmente pela Constituição, que atribui ao Legislativo a função criadora de direitos. As atividades de natureza política integram o núcleo de competências do Poder Legislativo, atraindo o controle do Poder Judiciário³⁰⁴.

O político e o jurídico se imbricam de tal maneira que o controle jurisdicional dos atos emanados do Poder Legislativo acarreta o que se convencionou chamar de judicialização da política, sem que isso represente, por si só, a incursão indevida do Poder Judiciário sobre assuntos afetos aos Poderes Legislativo e Executivo, diante da dificuldade em distinguir entre ousadia do tribunal e ativismo judicial³⁰⁵.

O ativismo judicial, para Ramos, se caracteriza pelo

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas

³⁰² Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, p. 142-143.

³⁰³ “Figurativamente, faz-se possível imaginar o mastro do navio ou a Constituição de um país como a estrutura externa que agrilhoa vontades por um tempo determinado. Esta característica seria, para Elster, intrínseca ao ser humano, apenas o homem possui a capacidade de superar suas fraquezas através do uso de técnicas como o pré-compromisso. Contudo, o pré-compromisso não é tão simples quando se procura transpor o planejamento (racional-estratégico) para o campo social, pois se, por um lado, os indivíduos são livres para se agrilhoar por meio de leis, como cintos de segurança, contra seus arroubos impulsivos, por outro lado, sérios problemas surgem quando estas restrições são impostas aos indivíduos, contra sua vontade anterior.” LORENZETTO, Bruno Meneses; KOZICKI, Katya. *O Poder Constituinte e a justiça de transição no Brasil. Direito constitucional brasileiro: organização do Estado e dos poderes*. vol. II, coordenador Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 344-345.

³⁰⁴ Cf. BOECKEL, Fabrício Dani de. Reflexões sobre a aplicabilidade da doutrina das questões políticas à realidade brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 62-64.

³⁰⁵ “Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido [...]”. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, p. 107.

(conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes [...]³⁰⁶.

Barroso parece compartilhar do pensamento de Ramos, ao afirmar que o ativismo judicial é caracterizado pela participação ativa do Poder Judiciário na concretização dos valores e dos fins estabelecidos no plano constitucional, invadindo o espaço reservado aos outros dois Poderes³⁰⁷.

Romão também parece compartilhar do pensamento de Ramos e de Barroso. Em sua análise sobre o ativismo judicial, Romão aponta como causas o modelo de Estado e de Constituição, a base doutrinária do neoconstitucionalismo, a crise político-institucional e o desempenho de atividades normativas pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao modelo de Estado e de Constituição, é de se destacar que “um Estado Democrático de Direito, estruturado nos moldes do *welfare state*, tem o exercício muito mais ativo das funções administrativa, de governo e legislativa”, cabendo ao Poder Judiciário o controle das ações desenvolvidas pelos demais. O Poder Judiciário, neste contexto, amparado pelo texto constitucional, retira deste a sua legitimidade para promover a realização dos direitos e para invalidar os atos legislativos e administrativos em descompasso com a Constituição³⁰⁸.

Em relação à base doutrinária fundada no neoconstitucionalismo, o autor

³⁰⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 308.

³⁰⁷ O autor aponta atos que caracterizam ativismo judicial: “(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 283-284.

³⁰⁸ Cf. ROMÃO, Luiz Fernando de França. A politização do Poder Judiciário e as causas do ativismo judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**. Itajaí, vol. 12, n. 1, primeiro quadrimestre de 2017. p. 114-121.

reconhece nela uma abertura para a interpretação desapegada das amarras do sistema jurídico e para a criação de direitos a partir da aplicação das normas jurídicas, sobretudo dos princípios constitucionais³⁰⁹.

A ausência ou a insuficiência de métodos voltados à interpretação e à aplicação do Direito pode conduzir realmente a isso, causando distorções. Mas não é o neoconstitucionalismo em si a causa do ativismo judicial, como sustentado por Romão.

Para Duarte e Pozzolo:

Na configuração neoconstitucionalista parece delinear-se um princípio de legalidade positiva meramente formal: uma vez que o legislador tenha emanado uma norma seguindo os critérios formais de validade, essa será existente e válida. Mas no direito constitucionalizado estão presentes também critérios materiais de validade e, à medida que esses não são satisfeitos, a norma em questão poderá ser considerada existente, mas não válida. Nesse sentido, a conformidade com critérios jurídicos de validade não é mais o critério para identificar as regras jurídicas e aquelas não jurídicas³¹⁰.

Ainda segundo os autores, a relação entre a lei e a Constituição gera lacunas e antinomias não solucionáveis com o emprego dos tradicionais instrumentos dogmáticos e interpretativos, cabendo à teoria do direito, na perspectiva neoconstitucionalista, “a tarefa de individualizar a ilegitimidade das normas não produzidas pelo legislador”³¹¹.

A terceira causa do ativismo judicial apontada por Romão é a crise político-institucional que alcança os Poderes Legislativo e Executivo. A ineficiência dos referidos órgãos estatais no cumprimento das promessas constitucionais e a

³⁰⁹ Cf. ROMÃO, Luiz Fernando de França. A politização do Poder Judiciário e as causas do ativismo judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, p. 118.

³¹⁰ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 179. O posicionamento dos autores auxilia na compreensão de que para se reconhecer validade às normas jurídicas produzidas pelo Poder Legislativo não basta avaliar a sua conformidade formal. O papel do Poder Judiciário no Estado de Direito ganha importância, portanto.

³¹¹ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição, p. 180.

“incapacidade do aparato governamental leva o Poder Judiciário a participar da governança em detrimento das funções representativas”³¹².

Não se compartilha do pensamento de Ramos, de Barroso e de Romão, segundo o qual o Poder Judiciário deliberadamente ultrapassa os limites constitucionais que demarcam suas competências para, suprimindo etapas, concretizar direitos sem fundamento na lei ou na Constituição, substituindo os órgãos representativos no desempenho de suas funções, em vista da incapacidade governamental.

Como adiantado, nem toda intervenção do Judiciário pode ser considerada ilegítima frente à Constituição.

A ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento das determinações constitucionais, nos casos em que há imposição do dever de legislar ou de formular e implementar políticas públicas, autoriza a intervenção do Poder Judiciário para tornar efetiva a Constituição. No Estado Democrático de Direito não se pode pretender que o Poder Judiciário paute suas ações como se ainda vigorasse o modelo de Estado Liberal.

A Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, consubstanciando a própria vontade político-estatal. Nesse cenário, a jurisdição constitucional é a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, afirma Streck.

Isso porque não é possível tratar do assunto sem levar em conta as respectivas rupturas paradigmáticas ocorridas no século XX: do modelo de constituição formal, no interior da qual o direito assumia um papel de ordenação, passa-se à revalorização deste, que agora possui um papel de transformação da sociedade, superando, inclusive, o modelo de Estado Social.

No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos do processo constituinte de 1986-1988, anda estão no aguardo de sua implementação. Velhos paradigmas de direito provocam desvios na compreensão do sentido de Constituição e do papel da jurisdição constitucional. Antigas teorias acerca da

³¹² Cf. ROMÃO, Luiz Fernando de França. A politização do Poder Judiciário e as causas do ativismo judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, p. 118.

Constituição e da legislação ainda povoam o imaginário dos juristas, a partir da divisão entre “jurisdição constitucional” e “jurisdição ordinária”, entre “constitucionalidade” e “legalidade”, como se fossem mundos distintos, separáveis metafisicamente. Tais cisões, como será demonstrado no decorrer da obra, decorrem daquilo que na fenomenologia hermenêutica denominamos de “esquecimento da diferença ontológica”³¹³.

Em linhas gerais apontadas por Bodnar e Staffen, a teoria procedimentalista se posiciona contra a interferência do Poder Judiciário na política e na sociedade civil. A Constituição, então, criaria as condições democrático-deliberativas a serem garantidas pelo Poder Judiciário, assegurando-se a observância do devido processo legislativo na formação da vontade pública, segundo regras previamente estabelecidas³¹⁴.

O procedimentalismo sustenta, como se percebe, uma retração do Poder Judiciário frente ao projeto social contemplado no texto constitucional e não realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo, na medida em que reconhece à jurisdição constitucional a função de garantir a participação do cidadão no debate político³¹⁵.

Por outro lado, Bodnar e Steffen apontam que para o substancialismo o Poder Judiciário não deve assumir uma posição passiva diante da omissão dos demais Poderes frente à Constituição. Ao Judiciário, aqui, é reservada uma posição de destaque na promoção e realização de direitos constitucionais, diante da ineficiência dos demais órgãos estatais³¹⁶.

³¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constituição e decisão jurídica**, p. 38.

³¹⁴ BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Juizados Especiais e ativismo judicial à luz de Luiz Alberto Warat. **Sequência**. n. 64, jul. 2012. p.109. Para uma análise aprofundada do procedimentalismo, consultar HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. vol. I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

³¹⁵ “A grande diferença de cada um destes aportes teóricos está no tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que guarnecem direitos fundamentais. As posturas *procedimentalista* não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando para esta apenas a função de controle das ‘regras do jogo’ democrático; já as posturas substancialistas reconhecem o papel concretizador e veem o Judiciário com um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento institucional das democracias contemporâneas”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 52.

³¹⁶ BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Juizados Especiais e ativismo judicial à luz de Luiz

Para Streck,

O modelo substancialista [...] trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. É o *constitucionalismo-dirigente* que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passa a ter um papel de relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional*³¹⁷.

Nos países de modernidade tardia³¹⁸, parafraseando Streck, uma postura judicial procedimentalista frente a uma Constituição de viés social causa tantos malefícios quanto à omissão dos Poderes Legislativo e Executivo.

A intervenção do Poder Judiciário em assuntos que integram o núcleo de competências do Legislativo e do Executivo não deve ocorrer sem critérios, ou estar justificada apenas na ineficiência destes últimos³¹⁹. Ao contrário, a intervenção pode, e deve ocorrer sempre que houver autorização constitucional para agir, como nos casos de lesão ou ameaça a direito ou descumprimento da Constituição pelos referidos Poderes.

Em conferência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Yale, Barak ponderou que a competência da magistratura é resolver conflitos, de

Alberto Warat. **Sequência**, p. 111.

³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 56-57.

³¹⁸ “No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos do processo constituinte de 1986-1988, ainda estão no aguardo de sua implementação. Velhos paradigmas de Direito provocam desvios na compreensão do sentido de Constituição e do papel da jurisdição constitucional. Antigas teorias acerca da Constituição e da legislação ainda povoam o imaginário dos juristas, a partir da divisão entre “jurisdição constitucional” e “jurisdição ordinária”, entre “constitucionalidade” e “legalidade”, como se fossem mundos distintos, separáveis metafisicamente, a partir do esquecimento daquilo que Heidegger chamou de diferença ontológica. Essa separação metafísica denuncia, em certa medida, o modelo frágil de jurisdição constitucional que praticamos no Brasil, *o que inexoravelmente redundará em um conceito frágil acerca da Constituição*, fenômeno que não é difícil de constatar a partir de uma análise acerca do grau de (in)efetividade do texto constitucional em vigor”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**, p. 14.

³¹⁹ Partindo do pressuposto de que o ativismo judicial é caracterizado pela usurpação de competências pelo Poder Judiciário, apesar de compreender que o termo é polissêmico, Araújo defende a existência de instrumentos de constrangimentos *a priori* e *a posteriori* à atuação do Poder Judiciário. Cf. ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos *a posteriori*. **Revista de Investigações Constitucionais**. vol. 5, n. 1, p. 128-150. jan/abr. 2018.

acordo com a lei³²⁰.

Para tanto, são desenvolvidas três atividades: a) determinação do direito; b) aplicação da lei; e, c) determinação da lei a aplicar.

A terceira função – determinação da lei a aplicar -, não implica geralmente a criação do direito. Porém, nos casos difíceis, a lei a aplicar pode ser incerta, ou o texto normativo pode possuir mais de um significado ou, ainda, o conflito legal pode comportar mais de uma solução. Nestes casos, a declaração da lei a aplicar também envolve a criação da lei.

[...] Antes de la determinación judicial, la norma (la Constitución, la ley, el Derecho consuetudinario) se expresa – incluso luego de usar todas las reglas de interpretación – en diversas voces. Después de la determinación judicial, la ley habla con una sola voz. Ha ocurrido un cambio en el conjunto de normas. Un nuevo significado fue creado. La creación de una nueva norma – que será obligatoria en todas las cortes por la regla del precedente – es la función principal de la Corte Suprema en una democracia. Tal creación involucra discrecionalidad. El juez de una Corte Suprema no es un espejo que refleja pasivamente la imagen de la ley. Es un artista, que pinta el cuadro con sus propias manos [...] ³²¹.

Essa atividade criativa do direito não é um imperialismo judicial, mas reflexo da incerteza da própria lei, derivada das limitações humanas e da natureza complexa da sociedade³²², não podendo o Poder Judiciário se despir dos compromissos constitucionais assumidos.

Decisões judiciais embasadas diretamente na Constituição não podem ser tachadas de ativistas, mesmo que o resultado seja a anulação de decisões tomadas por majorias eventuais ou a efetivação de direitos sonegados pelo Legislativo e Executivo. Por outro lado, aquelas decisões que eventualmente extrapolem os limites constitucionais e legais, sob o pretexto que for, usurpando competências, longe de configurarem ativismo judicial são atos nulos, podendo ser questionados

³²⁰ Cf. BARAK, Aharon. El rol de la Corte Suprema en una democracia. **IUS ET VERITAS**. vol. 13, n. 26, p. 108-114. 2003.

³²¹ BARAK, Aharon. El rol de la Corte Suprema en una democracia. **IUS ET VERITAS**, p. 108.

³²² BARAK, Aharon. El rol de la Corte Suprema en una democracia. **IUS ET VERITAS**, p. 109.

por meio dos instrumentos processuais previstos no ordenamento constitucional³²³.

Portanto, na vigência de uma Constituição com conteúdo social exige-se do Poder Judiciário postura ativa, garantindo a força normativa da Constituição, a efetividade das suas normas, a proteção e a realização dos direitos fundamentais.

3.3 O PODER JUDICIÁRIO E SUAS CRISES

A configuração do Estado Democrático de Direito alterou significativamente as atribuições estatais e a relação entre os seus órgãos de soberania. De um lado houve o fortalecimento do Poder Executivo, a quem coube a função de formular e executar políticas públicas geradoras das condições necessárias para a promoção da igualdade material, superando a igualdade formal e as mazelas sociais legadas do Estado Liberal.

Essas políticas públicas são legitimadas pela Constituição e pelas leis, que criam obrigações positivas impostas ao Estado. Ao Poder Judiciário cabe a fiscalização dos demais Poderes, confrontando seus atos com as prescrições constitucionais e atuando nos espaços abertos pela omissão do Legislativo e do Executivo, visando ao cumprimento e realização dos direitos sonegados.

As promessas constitucionais não cumpridas acarretaram demandas judiciais, viabilizadas pela democratização do acesso ao Poder Judiciário, última instância de defesa dos direitos fundamentais e depositário das esperanças da

³²³ Além da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito, o texto constitucional prevê no art. 5º como garantias fundamentais, exemplificativamente, o contraditório e a ampla defesa (LV); a concessão de *habeas corpus* quando a liberdade estiver ambulatorial estiver ameaçada (LXVIII); a proteção a direito líquido e certo, violado em ameaçado de violação por ato abusivo ou ilegal de autoridade pública, por meio de mandado de segurança individual ou coletivo (LXIX e LXX); mandado de injunção para tornar efetivo direito não regulado normativamente pelo Legislativo ou pela Administração pública (LXXI); a proteção de dados pessoais via *habeas data* (LXXII); a proteção de interesses coletivos e difusos via ação popular (LXXIII). Cf. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 out. 2019.

cidadania e da garantia de realização do Estado Democrático de Direito.

A aproximação entre o Direito e a política, proporcionada pela Constituição, tornou os conflitos mais complexos, potencializados nas sociedades de massa, desnudando a inoperância do Legislativo e do Executivo. O Poder Judiciário, que no Estado Liberal adotava postura autorrestritiva, passou a ser chamado para resolver conflitos jurídicos permeados por questões políticas.

Ao analisar o protagonismo judicial diante das transformações do Estado, Santos lança os seguintes questionamentos:

[...] Por que razão estamos hoje tão concentrados na ideia do direito e do sistema judicial como fatores decisivos da vida colectiva democrática, do desenvolvimento de uma política forte e densa de acesso ao direito e à justiça, enfim, na ideia de levar a sério o direito e os direitos? Como é que chegamos até aqui? E até onde poderemos ir com os instrumentos que temos? [...] ³²⁴.

A atuação do Poder Judiciário em relação ao século XX, destaca Santos, se alterou consideravelmente. Do conservadorismo a demonstrar a sua “incapacidade de acompanhar os passos mais inovadores da transformação social, econômica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população”, até um protagonismo fundado na percepção mais ampla e profunda do controle de legalidade dos atos estatais, na constitucionalização do direito ordinário como estratégia hermenêutica a viabilizar a garantia mais ousada de direitos aos cidadãos ³²⁵.

O confronto com os demais poderes do Estado se manifesta em três campos distintos: a) na garantia de direitos; b) no controle de legalidade e dos abusos praticados pelo Estado; e c), na judicialização da política.

No que tange à garantia de direitos, o protagonismo judicial está relacionado ao modelo de desenvolvimento assentado nas regras de mercado que exigem um Poder Judiciário ágil e eficaz; considera, também, o desmantelamento do

³²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 19.

³²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**, p. 21-22.

Estado intervencionista, levando à precarização de direitos e legitimando a busca pela tutela jurisdicional³²⁶.

A judicialização da política ocorre de duas formas, para Santos. A primeira, decorrente do combate à corrupção, acaba transferindo para o Judiciário a resolução de contendas políticas especialmente deflagradas no âmbito econômico e político, sendo muitas vezes utilizado o Judiciário para atacar adversários, expondo-os à sociedade, independentemente do resultado.

A outra forma de judicialização da política decorre da apatia dos Poderes da República na concretização de direitos. Por isso a afirmação de Santos:

[...] Para além do impacto no sistema político, a judicialização da política afeta também o desempenho dos próprios tribunais, conduzindo à politização do judiciário. Esta torna-se o mais controverso, mais visível e vulnerável política e socialmente, o que, por sua vez, é outra das razões do seu recente protagonismo³²⁷.

Este estágio em que se encontra o Direito e suas instituições, em confronto com o modelo de Estado e as promessas não realizadas, aponta a necessidade de se aprimorar práticas e institutos tornando-os aptos a ajustar os passos entre a atuação tempestiva e eficaz do Poder Judiciário e o atendimento das demandas sociais.

Brandão e Martins compartilham desse entendimento, ao afirmarem que apesar das modificações pelas quais passou o Estado, o Direito e suas instituições, os velhos modelos institucionais de justiça ainda são reproduzidos, gerando descompasso entre os anseios sociais e o que o Estado-juiz pode oferecer³²⁸.

³²⁶ Expondo o caso brasileiro e demonstrando o novo quadro institucional pós-Constituição de 1988, que além de consagrar direitos aparelhou instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, Santos destaca: “[...] A redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos. Sem surpresa, os instrumentos jurídicos que estavam presentes no período autoritário, como a ação popular e a ação civil pública, passaram a ser largamente utilizados só depois de 1988 [...]”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**, p. 25.

³²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**, p. 30.

³²⁸ BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Jurisdição negada: um lamentável exemplo. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Organização Fabiana Marion Spengler e Paulo de Tarso Brandão. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 195-196.

Nesse compasso, o Estado Democrático de Direito faz suas vítimas, que figuram igualmente como algozes. O Poder Legislativo não consegue captar as expectativas sociais, passando a atuar em descompasso em relação à sociedade; o Poder Executivo, cujas políticas públicas mostram-se inaptas para resolver os problemas públicos, mantém-se inerte diante de suas obrigações constitucionais. A sociedade, destinatária das ações estatais, confiando nas promessas constitucionais reiteradamente descumpridas, percebe-se sem rumo e sem representatividade.

O Poder Judiciário, por outro lado, guardião das garantias e dos direitos fundamentais, também se tornou vítima do Estado Democrático de Direito diante das grandes expectativas geradas³²⁹, e teve suas deficiências expostas pela incapacidade de resolver os conflitos massificados.

O Poder Judiciário detém o monopólio da função jurisdicional, sendo vedada a justiça pelas próprias mãos. Por outro lado, o Poder Judiciário não consegue responder a todas as demandas que lhe são dirigidas, criando o paradoxo identificado por Brandão e Martins:

O que se tem verificado na atualidade é uma profunda confusão promovida pelo próprio Poder Judiciário nos dois âmbitos do acima enunciado momento político-jurídico: de um lado, a busca de atrair para si as novas formas alternativas de tratamento de conflito; segundo, muito mais grave, reside no descumprimento da relevante obrigação constitucional que ele, Poder Judiciário, tem de prestar Jurisdição, por força mesma de sua atividade e da existência do Estado³³⁰.

O Estado Liberal foi um modelo engendrado para proteger a elite emergente do Estado Absolutista, a burguesia, e estava impregnado pela ideologia individualista. O advento do Estado de feições sociais mudou a percepção dos

³²⁹ “[...] Acontece que a criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades de o judiciário ser uma solução é, ela própria, uma fonte de problemas. Quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa e, rapidamente, de solução passa a problema [...]”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**, p. 30.

³³⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. *Jurisdição negada: um lamentável exemplo. Os (des)caminhos da jurisdição*, p. 196. Os autores apontam que o descumprimento da obrigação de prestar jurisdição se revela de três formas distintas a saber: pela ausência de Jurisdição, pelo desperdício de Jurisdição e pela negativa de Jurisdição.

indivíduos frente ao Estado, mas não as relações sociais, marcada ainda de forma bastante significativa por aquele individualismo característico do modelo anterior³³¹.

O Estado Democrático de Direito implementou as funções estatais, mas não veio acompanhado de uma mudança necessária de pensamento do homem inserido em uma sociedade que reclama ações públicas, mas que na verdade pretende o atendimento de suas necessidades individualmente. Ou seja, no Estado Democrático de Direito exige-se do Poder Público atuação voltada ao atendimento das necessidades de todos, mas o agir humano está voltado para si próprio, levando àquilo que Faoro classifica como a viagem redonda do patrimonialismo ao estamento³³².

Leal destaca essa incongruência entre os motivos individualistas que levam à ação pública e a demanda por ações públicas:

Com isso, volta-se no curso da atualidade para um dever individual consigo próprio. A individualização das relações, advindas do liberalismo presente no racionalismo antropocêntrico entram em desacordo com a pretensão do Estado e, com isso, abordando o contratualismo estudado anteriormente, é perceptível uma falha na comunicação entre os membros de uma sociedade com o seu fim, dentro de uma proteção a ser garantida pelo Estado. Ainda, é certo que o Estado possui por função característica a segurança e sobrevivência da sociedade, sendo necessária uma adaptação das relações entre os membros desta que considere a característica individualista contemporânea³³³.

³³¹ “Nesse íterim, trata-se então de um individualismo que não deixa de pretender suas participações nas políticas do Estado que deu causa, como é o caso de se perceber a partir de um contrato social. Porém, tendo em vista que esta contrato formulado pelos indivíduos não vislumbra a equidade como anteriormente percebida por Rawls, viabiliza-se uma política individual ao extremo, voraz pelos próprios interesses que embaça a ótica de atuação do Estado”. LEAL, Augusto Antônio Fontanive. **Jurisdição ambiental**: contrato social, direito fundamental ao meio ambiente e efetividade processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 57.

³³² “[...] A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi. O comércio dá o caráter à expansão, expansão em linha estabilizadora, do patrimonialismo, forma mais flexível do que o patriarcalismo e menos arbitrária que o sultanismo [...]”. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 819.

³³³ LEAL, Augusto Antônio Fontanive. **Jurisdição ambiental**: contrato social, direito fundamental ao meio ambiente e efetividade processual, p. 59.

Esta realidade conduz à complexidade das questões a serem resolvidas pelo Poder Judiciário. De um lado, demandas sociais fundadas nas promessas não cumpridas pelo Estado Democrático de Direito. De outro, um aumento significativo por proteção de direitos individuais que poderiam ser satisfeitos coletivamente, como ocorre na área da saúde, acarretando o curto-circuito histórico³³⁴.

A crise do Estado repercute em todos os seus órgãos, alcançando também o Poder Judiciário. Ao analisar o mito do acesso à justiça, Fonseca alerta para a existência de causas múltiplas que ultrapassam considerações jurídicas e teóricas³³⁵.

Para a autora, não se pode atrelar o crescente número de processos que entrava a atuação do Poder Judiciário à democratização do acesso à Justiça, realizada pela Constituição de 1988, como também não é crível apontar este fato como causa da crise pela qual passa a jurisdição.

Dentre as causas apontadas pela autora são destacadas as seguintes: o Poder Público e as instituições financeiras como litigantes habituais; obscuridade do Direito, a inviabilizar o conhecimento dos direitos que efetivamente o cidadão possui; deficiência quanto à defesa dos direitos em juízo; os custos do processo, incluindo os honorários cobrados pelos profissionais da advocacia; assim como a duração do processo.

Quanto ao aumento do número de processos, Fonseca aponta que este é um fenômeno mundial e verificável nos Estados Sociais³³⁶. Portanto, não foi a

³³⁴ “Na passagem de regimes autoritários para regimes democráticos, as sociedades periféricas passaram pelo que designo de curto-circuito histórico, ou seja, pela consagração no mesmo ato constitucional de direitos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico (daí falar-se de várias gerações de direitos). É verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário [...]”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**, p. 26-27.

³³⁵ Cf. FONSECA, Juliana Pondé. Acesso à justiça. **Direito constitucional brasileiro**: organização do Estado e dos Poderes. vol. II. Coordenação Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 549.

³³⁶ “Essa crise foi associada à transformação do Estado liberal no Estado-providência no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial. A expansão dos direitos sociais e sua inclusão na pauta de vários Estados democráticos teria gerado um aumento do número de conflitos na sociedade (o surgimento desses novos direitos teria gerado um crescimento da quantidade de demandas judiciais). A

democratização do acesso à justiça o seu causador. Aliado ao aumento do número de processos deve-se destacar que o Poder Judiciário tem seus clientes contumazes, como o Poder Público, as instituições financeiras e as empresas de telefonia³³⁷.

A obscuridade do direito é um obstáculo ao acesso à Justiça, pois apesar de ter ocorrido a democratização do direito de ação, com a previsão constitucional de criação dos Juizados Especiais, a grande maioria da população não conhece os direitos que possui³³⁸.

Também aparecem como obstáculo ao efetivo acesso à Justiça a deficiência na assistência técnica aos litigantes, bem como os custos do processo, apesar de a legislação prever a gratuidade da justiça e a Constituição exigir a estruturação da Defensoria Pública. No mesmo sentido vai a duração do processo, cuja legislação processual, apesar das inovações, não contribui para a rápida solução do litígio, especialmente se ele envolver direitos coletivos ou difusos.

Além de apontar as mesmas causas, Spengler estabelece uma relação entre elas e as crises de identidade e de eficiência pelas quais passa o Poder Judiciário.

A crise de identidade funcional tem como causa a perda da exclusividade na resolução de conflitos, cujo afastamento é causado por outros fatores, como os custos financeiros, a demora na resolução das controvérsias e a inadequação dos instrumentos processuais³³⁹.

expansão das demandas judiciais também foi relacionada a outras consequências da atuação desse novo modelo de Estado, como a integração das classes trabalhadoras nos circuitos de consumo e a inserção da mulher no mercado de trabalho. Todos esses fatores teriam ocasionado uma explosão de litigiosidade que o Judiciário de nenhum país estaria apto a suportar". FONSECA, Juliana Pondé. Acesso à justiça. **Direito constitucional brasileiro**: organização do Estado e dos Poderes, p. 551.

³³⁷ Em matéria publicada no jornal Gazeta Online, no dia 14/11/2017, baseando-se em dados divulgados pelo CNJ, os jornalistas Anselmo Laranja e Dauri Cezar Fabriz indicam que no ano de 2010º setor público era responsável por 51% dos processos, e no ano de 2017, em relatório denominado Supremo em Ação, o CNJ apurou que os dez maiores litigantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal eram entidades públicas. disponível em <https://www.gazetaonline.com.br/opiniaio/artigos/2017/11/o-acesso-a-justica-ii-1014107326.html>.

³³⁸ FONSECA, Juliana Pondé. Acesso à justiça. **Direito constitucional brasileiro**: organização do Estado e dos Poderes, p. 555.

³³⁹ Cf. SPENGLER, Fabiana Marion. A crise da jurisdição e a necessidade de superação da cultura

A crise de eficiência, causada por suas estruturas e deficiências objetivas, subjetivas e de paradigmas, é acarretada pelo descompasso entre a oferta de serviços judiciários e a demanda por tutela jurisdicional, tendo o Poder Judiciário se mostrado inapto para absorver toda essa demanda.

Essa descrença na justiça se dá não só pela distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento (tradicionalmente longo), pela inadequação das decisões vertidas frente à complexidade dos litígios, e pela impossibilidade de seu cumprimento. O que se verifica, então, é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei (e, por conseguinte, sua interpretação e sua aplicação) da sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo, assim, à expectativa de tratamento adequado aos conflitos³⁴⁰.

Este panorama demonstra que a teoria do ativismo judicial, abordada no tópico anterior, deve ser revista, porque sustentar que o Poder Judiciário pratica voluntarismo, afrontando conscientemente os limites constitucionais que fixam as suas competências para suprir as deficiências e as omissões dos demais Poderes, não parece condizer com o real problema enfrentado. Aliás, pode-se sustentar, inclusive, que os problemas gerados pelas omissões dos Poderes Legislativo e Executivo fazem do Poder Judiciário sua vítima mais significativa.

Afinal, as legislações processuais são aprovadas pelo Legislativo, com a participação do Executivo, e as distorções apresentadas por normas mal elaboradas devem ser enfrentadas e corrigidas pelo Poder Judiciário, como condição necessária ao estabelecimento de padrões normativos hígidos a serem aplicados na resolução dos conflitos.

Além disso, a deficiência na gestão dos interesses públicos e os gastos do governo criam problemas orçamentários que também afetam o Legislativo e o Judiciário, restringindo o seu aperfeiçoamento e a expansão das suas atividades.

jurídica atual: uma análise necessária. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Coordenação Fabiana Marion Spengler e Paulo de Tarso Brandão. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 66-67.

³⁴⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. A crise da jurisdição e a necessidade de superação da cultura jurídica atual: uma análise necessária. **Os (des)caminhos da jurisdição**, p. 68.

3.4 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A definição dos limites à intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano se justifica pela importância em demarcar o âmbito próprio reservado pela Constituição para a atuação legítima de cada um dos Poderes da República.

Além disso, fortalece-se a proteção aos direitos fundamentais, de um lado, e as instituições democráticas do outro, mantendo o equilíbrio e a harmonia que deve nortear as relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Vários podem ser os limites impostos à atuação ao Poder Judiciário, cabendo destacar, aqui, aqueles decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais – princípios e regras -, bem como aqueles emergentes das normas constitucionais definidoras das competências dos órgãos do Estado, objetos desta pesquisa.

No desenvolvimento da pesquisa foi possível vislumbrar a existência de outro limite que não havia sido cogitado inicialmente, decorrente da complexidade das políticas públicas de desenvolvimento urbano e da necessidade de sua articulação com outras políticas públicas. Apesar de esta questão poder ser avaliada à luz das normas constitucionais definidoras das competências legislativas e administrativas, compreende-se necessária a sua análise separada, de modo a evidenciar, se for o caso, outros limites que poderiam ficar ocultos caso o seu estudo ocorresse juntamente com as normas de competência.

A análise detida de cada uma dessas situações se mostra necessária, com o escopo de apurar a real existência de limitações impostas ao Poder Judiciário quando chamado a intervir em políticas públicas de desenvolvimento urbano, conferindo-lhe legitimidade³⁴¹.

³⁴¹ Cf. DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**, p. 250-251, para quem a legitimidade assume um caráter eminentemente funcional, apresentando-se de forma polêmica e polissêmica, em virtude da sua

Em seguida, serão analisados os limites eventualmente decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais: princípios e regras. Para tanto, será resgatada a análise empreendida no primeiro capítulo, referente à tipologia das normas constitucionais apresentadas por Miranda, Canotilho, Dworkin e Alexy.

Após, serão investigadas as limitações decorrentes das normas definidoras das competências dos Poderes da República, especificamente aquelas voltadas às políticas de desenvolvimento urbano sustentável.

A análise considerará as competências normativas para a edição das leis urbanísticas, bem como as competências materiais para tornar efetivos os comandos legais, na forma de políticas públicas de desenvolvimento urbano.

Por fim, serão investigadas as limitações decorrentes da natureza das atividades desenvolvidas na formulação e implementação das políticas públicas de desenvolvimento urbano, considerando a necessária e imprescindível exigência de coordenação e imbricação com as demais políticas públicas.

3.4.1 Os limites decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais

No primeiro capítulo foi analisada a tipologia das normas constitucionais nas doutrinas de Miranda, Canotilho, Dworkin e Alexy, quando se pode perceber a diversidade de critérios utilizados pelos referidos autores para classificar as normas jurídicas de um sistema normativo.

complexidade, dinamicidade e dos elementos heterogêneos que a definem (fatos, valores, crenças). Conferir, também, CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millenium Editora, 2006. p. 207: “Então, as fontes de legitimação de todos os poderes do Estado são duas: a *legitimação formal*, assegurada pelo princípio de legalidade e sujeição do juiz à lei; e a *legitimação substancial*, recebida pela função judicial de sua capacidade de tutelar os direitos fundamentais. Advirta-se que a segunda fonte jamais poderá ser satisfeita na ausência da primeira”. O conceito de legitimidade empregado neste momento não é a democrática, mas sim a legitimidade a partir do contexto normativo (legitimidade formal e substancial), que ao estabelecer as competências do Poder Judiciário e os limites de sua atuação, condiciona a validade dos seus pronunciamentos à observância das prescrições constitucionais.

Pode-se afirmar com Albrecht, que “a distinção entre regras e princípios não é recente. Tem suscitado dúvidas pela falta de clareza e gerado polêmicas em razão da pluralidade de critérios utilizados para traçar a diferença”³⁴², exigindo do jurista a identificação clara da base teórica utilizada pelos diversos autores, para evitar confusões.

A classificação das normas constitucionais de Miranda não está fundada na sua natureza jurídica, mas sim na função por elas exercida ou na relação existente entre as prescrições normativas. Apesar de o autor indicar a existência de normas-regras e normas-princípios, ele não chega a esclarecer como identificá-las em dado ordenamento jurídico³⁴³.

Pesar da diversidade de critérios utilizados por Miranda, a sua tipologia das normas constitucionais permite a análise estruturada dos princípios e das regras constitucionais, lançando luz sobre a diversidade de funções exercidas por elas.

Quanto ao estudo da tipologia das normas constitucionais apresentada por Canotilho, justifica-se pela influência exercida pelo autor português sobre autores brasileiros que se dedicam ao estudo do tema.

De acordo com Archanjo, a distinção entre regras e princípios estabelecida por Canotilho se deu em dois momentos. Primeiramente a distinção foi norteadada pelo conteúdo das referidas normas constitucionais e, posteriormente, foi estabelecida diferença qualitativa, esta residindo no caráter funcional dos princípios³⁴⁴.

Em relação ao conteúdo das regras e princípios, Canotilho se baseou nas seguintes características: a) a diferença no grau de abstração das regras e dos

³⁴² ALBRECHT, Lourdes Pasa. Princípios e regras: diferença em debate. **Revista Opinião Filosófica**. Porto Alegre, v. 05, nº 01, 2014. p. 292.

³⁴³ “Jorge Miranda, estabelece um apanhado de classificações às regras constitucionais, retiradas ou da Teoria Geral do Direito ou de outras contraposições específicas, como se verá a seguir. Assim, entre as classificações gerais, destaca o autor português que é usual enunciar as classificações que tomam cada preceito ou regra, através do objeto sobre qual incidem, bem como as que tomam cada norma em relação umas com as outras”. TEODOROVICZ, Jeferson. A problemática da tipologia de princípios e regras no ordenamento jurídico positivo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. vol. 1, n. 1, jan/jn. 2007. p. 25.

³⁴⁴ ARCHANJO, Daniela Resende. O princípio da proporcionalidade na solução de colisões de direitos fundamentais. **Espaço jurídico**. Joaçaba, v. 9, nº 2, jul/dez 2008. p. 152-153.

princípios; b) a diferença no grau de determinabilidade quando da aplicação de umas e outros; c) o caráter de fundamentalidade dos princípios no sistema das fontes do direito; d) a maior aproximação dos princípios da ideia de direito; e, e) a natureza normogenética dos princípios.

Canotilho apresentou o ordenamento jurídico como um sistema aberto de regras e princípios, sendo estes os responsáveis pelo intercâmbio entre as normas jurídicas e a sociedade, permitindo a sua oxigenação e atualização.

De igual modo, a estruturação dos princípios constitucionais em razão das diversas funções por eles exercidas – função argumentativa e função normativa -, auxiliou o estudo sistematizado do ordenamento constitucional, permitindo estabelecer critérios interpretativos e normativos a partir da principiologia.

A teoria de Dworkin serviu de base para os estudos que se seguiram por parte de Alexy, o qual aprofundou a análise sobre as espécies normativas visando a estabelecer critérios para identificação de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, cujo caráter normativo era demasiado aberto³⁴⁵.

Apesar de haver pontos de contato entre as teorias de Dworkin e de Alexy, deve-se ter em mente que aquele escreve a partir de um sistema normativo filiado ao *Common Law*, enquanto este desenvolve sua teoria a partir do direito positivo alemão, filiado à família romano-germânica. Esta informação é importante na medida em que, no sistema *Common Law*, as decisões judiciais são fontes do direito, conforme analisado no tópico 1.1.3, enquanto no sistema *Civil Law* as decisões judiciais estão submetidas às normas jurídicas, havendo limitações rígidas à criação de normas por parte do Poder Judiciário.

Tanto Dworkin quanto Alexy defendem a tese de que entre princípios e regras existe uma diferença qualitativa, decorrente da sua estrutura normativa e não da fundamentalidade da norma, conforme sustentado por Canotilho³⁴⁶.

³⁴⁵ Cf. ALBRECHT, Lourdes Pasa. Princípios e regras: diferença em debate. **Revista Opinião Filosófica**, p. 273 e 298.

³⁴⁶ Cf. TEODOROVICZ, Jeferson. A problemática da tipologia de princípios e regras no ordenamento jurídico positivo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, p. 4.

Dworkin combate a teoria que preconiza um sistema jurídico formado apenas por regras (positivismo jurídico), porque haverá casos em que a ausência de uma norma específica a ser utilizada pelo magistrado para resolver o caso submetido à sua apreciação o conduzirá a uma atuação discricionária.

Dworkin combate, também, a discricionariedade judicial nos moldes propostos pelo positivismo de Hart, desenvolvendo a tese de que o sistema jurídico é composto também por princípios, que norteiam a atuação judicial na construção de uma norma para resolver casos difíceis, quando as regras se mostram insuficientes.

Ao defender a existência de princípios em substituição à discricionariedade judicial, Dworkin estabelece a premissa de que as decisões são proferidas com base no próprio ordenamento jurídico, na medida em que os princípios são “normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico”³⁴⁷.

Albrecht destaca:

A tese desenvolvida por Dworkin foi um ataque direto ao positivismo jurídico, principalmente ao sistema de regras positivas desenvolvidas por Herbert Hart, sobretudo em relação a textura aberta das regras jurídicas que, segundo ele, abre espaço ao discricionarismo judicial [...]. Assim, contrapondo a esse modelo de regras jurídicas, Dworkin propõe um modelo de princípios, em que o sistema jurídico é composto por regras e por princípios jurídicos, sendo estes determinantes para a resolução de casos difíceis (*hard cases*), constituindo marcos orientadores para a correta tomada de decisão³⁴⁸.

³⁴⁷ Cf. ALBRECHT, Lourdes Pasa. Princípios e regras: diferença em debate. **Revista Opinião Filosófica**, p. 295.

³⁴⁸ ALBRECHT, Lourdes Pasa. Princípios e regras: diferença em debate. **Revista Opinião Filosófica**, p. 293. De fato, Dworkin aponta que a discricionariedade é defendida por aqueles que concebem o ordenamento jurídico como sendo formado apenas por regras, havendo a necessidade de recorrer a esse expediente – a discricionariedade –, para justificar as decisões tomadas com base em outros critérios que não o exclusivamente normativo, fundado nas regras jurídicas. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 35: “Assim, a versão do positivismo oferecida por Hart é mais complexa que a de Austin e o seu teste para verificar a validade das regras de direito é mais sofisticada. Em um aspecto, porém, os dois modelos são muito similares. Hart, como Austin, reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (ele se refere a elas como tendo ‘uma textura aberta’) e, ainda como Austin, explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação. (tentarei mostrar, mais adiante, por que aquele que pensa sobre o direito como um conjunto especial de regras é quase inevitavelmente levado a explicar casos difíceis em termos de um exercício de poder discricionário por parte de alguém.)”.

Para Dworkin, as regras possuem a dimensão da validade³⁴⁹, sendo que se ela existe e é válida, deve ser aplicada na exata medida da sua normatividade. Por outro lado, os princípios possuem, além da dimensão da validade, a dimensão do peso, devendo ser levados em consideração na resolução de casos difíceis.

Essas características das regras e dos princípios, em Dworkin, conduzem a modos diversos de aplicação de umas e outros, cuja verificação se mostra pertinente para o presente trabalho.

As regras jurídicas, segundo a análise de Albrecht sobre a teoria de Dworkin, são aplicadas à maneira do “tudo-ou-nada” (*all-or-nothing fashion*), considerando-se apenas a dimensão da validade³⁵⁰.

Por outro lado, a aplicação dos princípios na teoria de Dworkin se dá, em maior medida, na resolução de casos difíceis, funcionando eles como parâmetros argumentativos que nortearão a elaboração de uma norma para resolver o caso concreto, diante da insuficiência das regras jurídicas.

Uma vez que tenhamos identificado os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas, subitamente nos damos conta de que estão por toda a parte, à nossa volta. Os professores de direito os ensinam, os livros de direito os citam e os historiadores do direito os celebram. Mas eles parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda sua força, nas questões jurídicas difíceis, como os casos *Riggs* e *Heningsen*. Em casos como esses os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos

³⁴⁹ “A natureza imputacional das normas jurídicas põe o direito no plano do dever-ser, num *plano de validade*, não no plano do ser, da *causalidade natural*. Por isso, diferentemente do que acontece com as leis da causalidade natural, em que os fenômenos nelas *descritos* não se podem realizar de modo diferente do previsto, sob pena de serem consideradas *falsas*, as leis (normas) jurídicas podem sofrer violações sem que isso afete a sua *validade* (no sentido de vigência). Como consequência dessa possibilidade, o direito necessita de preservar a validade de suas normas, o que faz repelindo, por meio de sanções, as condutas que as infringem, as contrariam. Essas sanções variam em intensidade na ordem direta da gravidade da violação, indo desde as penas que atingem a própria pessoa do infrator, em sua vida (pena de morte), em sua liberdade (pena de prisão) ou em seu patrimônio (penas pecuniárias, de perdimento de bens e as indenizativas), até aquelas que o privam de direitos (apenas de perdimento de direitos) ou que desconsideram a utilidade prática de seus atos (invalidade e ineficácia). O tipo de sanção que se imputa ao ato contrário a direito depende, naturalmente, da natureza do ato (ilícito penal ou ilícito civil) e da importância da violação. Mas a imputação da sanção em si, como repúdio ao ilícito, resulta da atividade axiológica do legislador, que, valorando os atos segundo os valores fundamentais da juridicidade e os contingentes resultantes da cultura de cada comunidade, os qualifica e pune os seus autores”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade, p. 5.

³⁵⁰ Cf. ALBRECHT, Lourdes Pasa. Princípios e regras: diferença em debate. **Revista Opinião Filosófica**, p. 295.

que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares. Depois que o caso é decidido, podemos dizer que ele ilustra uma regra particular (por exemplo, a regra de que um assassino não pode beneficiar-se do testamento de sua vítima). Mas a regra não existe antes de o caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra [...]³⁵¹.

Os princípios, em Dworkin, exercem apenas função argumentativa. Diante de um caso específico, não sendo possível ao juiz estabelecer uma regra, no sistema *Common Law*, a norma será produzida a partir da análise do caso concreto, servindo os princípios como instrumentos retórico-argumentativos.

A teoria de Alexy, desenvolvida a partir das considerações de Dworkin, busca preencher as lacunas deixadas pela textura aberta de diversos dispositivos constitucionais definidores de direitos fundamentais. Para ele, tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas, porque veiculam comandos de dever-ser valendo-se de expressões deônticas básicas³⁵².

As regras, espécie de normas jurídicas, veiculam razões definitivas de dever-ser, enquanto os princípios expressam direitos *prima facie*, que dependem das possibilidades fáticas e jurídicas para sua realização.

Teodorovicz aponta que

Robert Alexy parte de ideia semelhante à de Dworkin, defendendo a distinção qualitativa entre regras e princípios. Sua contribuição decorre da determinação de algumas premissas básicas, desenvolvendo os princípios como mandamentos de otimização. Assim, os princípios seriam normas que estabelecem algo que deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Dessa forma, seriam, mandamentos de otimização. Ainda, a realização total de um princípio poderia ser obstada por outro princípio, a colisão de princípios, onde haveria um sopesamento, para que se chegue a um resultado ótimo, onde, muitas vezes, vê-se necessário limitar a realização de um ou de ambos os princípios.

Para Alexy princípios expressam direitos e deveres *prima facie*, que terão possibilidade de se revelar menos amplos após o sopesamento

³⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 46.

³⁵² Cf. ALBRECHT, Lourdes Pasa. Princípios e regras: diferença em debate. **Revista Opinião Filosófica**, p. 293-294.

com outros princípios. Assim, para Alexy, se uma regra é válida, que expressa deveres e direitos definitivos, deve se realizar exatamente naquilo que ela prescreve. Já os princípios, terão seu grau de realização variável³⁵³.

Conforme analisado no primeiro capítulo, para Alexy os princípios aparecem como normas jurídicas, que veiculam mandamentos determinando que algo seja realizado na maior extensão possível, atendidas as condições fáticas e as condições jurídicas existentes, estas decorrendo das relações estabelecidas internamente ao ordenamento jurídico.

As regras jurídicas, por sua vez, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”³⁵⁴.

Embora Dworkin e Alexy reconheçam a existência de regras e princípios como espécies de normas, Dworkin concebe os princípios como fundamentos para as decisões, tendo sua incidência voltada à argumentação para o estabelecimento de razões para decidir. Alexy, por sua vez, reconhece normatividade aos princípios, os quais devem passar por uma análise contextual com o escopo de definir o ponto ótimo de sua realização.

Pode-se dizer, a partir da teoria de Alexy, que a definição do ponto ótimo de realização dos princípios deve ser buscado pela atividade desenvolvida pelo legislador, pelo administrador e pelo magistrado, no âmbito de suas respectivas competências, quando deverão verificar as possibilidades fáticas e jurídicas que condicionam a sua máxima realização.

Quanto às regras jurídicas, considerando que elas encerram razões definitivas de dever-ser, reconhece-se que a ponderação – apuração das possibilidades fáticas e jurídicas – já foi realizada pelo legislador ao exercer a sua competência normativa, sendo que ela, a regra, é o resultado mais importante dentre diversos outros possíveis.

³⁵³ TEODOROVICZ, Jeferson. A problemática da tipologia de princípios e regras no ordenamento jurídico positivo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, p. 3.

³⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 91.

Por isso a regra deve ser executada na medida exata do seu comando, porque sendo ela o produto da ponderação legislativa, encerra uma decisão democrática sobre a conduta reputada ideal. Por meio das regras o legislador confere densidade normativa aos princípios que lhe dão suporte.

Antes de avançarmos para o estabelecimento dos limites impostos à atuação do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano, decorrentes da natureza jurídicas das normas constitucionais, impende fixar alguns parâmetros de análise, cabendo esclarecer, também, que a teoria de base utilizada para a definição dos limites porventura existentes é a de Alexy, tendo em vista a sua maior pertinência para a prática judicial brasileira³⁵⁵.

Isso não significa afirmar que a teoria de Dworkin, assim como a dos demais autores pesquisados, não tenha a sua importância. Ela tem, e tal fato fica evidente justamente na interpretação do direito constitucional. Porém, como a proposta deste trabalho é, neste momento, identificar os possíveis limites à intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano, às normas jurídicas deve ser reconhecida normatividade, mostrando-se, por isso, mais adequada a teoria de Alexy.

Feitas estas considerações, passa-se à análise dos eventuais limites que poderiam decorrer dos art. 182 e 183 do texto constitucional, decorrentes da

³⁵⁵ Justificando a opção pela base teórica, cabe lembrar o julgamento da ADC 12, em que se discutia a legitimidade da Resolução nº 7/2005, editada para vetar a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário e que retirava o seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional, sem interposição legislativa. Ilustrativo o seguinte excerto do voto proferido pelo então Min. Mezes Direitos: “Mas eu tenho entendido, e creio que essa é a convergência do Supremo Tribunal Federal, que esses princípios que estão insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre o princípio e a norma, que hoje, na perspectiva da Suprema Corte, esses princípios revestem-se da mesma força, tanto isso que, em precedente recentíssimo que julgamos aqui neste Pleno, nós aplicamos um desses princípios com a força efetiva de uma norma constitucional, e, portanto, esse princípio pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal. Se essa concepção é verdadeira, e, ao meu sentir, é verdadeira, nós temos de admitir que dentro das atribuições do Conselho Nacional de Justiça está a de preservar os princípios que estão presentes no caput do artigo 37 da Constituição. E um desses princípios é aquele relativo à moralidade; e daí a pertinência temática da resolução do Conselho Nacional de Justiça.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Plenário. Brasília, 20 de agosto de 2008. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2358461>>. Acesso em 07 de out. 2019.

natureza jurídica dessas normas constitucionais urbanísticas, já investigada no tópico 1.1.5 do primeiro capítulo.

Ao analisar os art. 182 e 183 do texto constitucional objetivando definir a natureza jurídica das referidas normas, no tópico 1.1.5 desta dissertação, foi possível identificar a existência de regras e de princípios, os quais formam a base do direito urbanístico em nível constitucional.

As regras identificadas naquela análise são as seguintes: a) de competência legislativa da União para estabelecer as diretrizes gerais de desenvolvimento urbano; b) de competência legislativa dos Municípios para estabelecerem o plano diretor, as leis urbanísticas e definirem as políticas públicas de desenvolvimento urbano; d) de competência administrativa dos Municípios para executarem as políticas de desenvolvimento urbano; e) a que estabelece o dever de prévio pagamento, em dinheiro, nas desapropriações promovidas pelos Municípios; f) de aplicação dos instrumentos de política de ocupação do solo urbano; g) a que estabelece o direito à aquisição da propriedade por usucapião.

Os princípios identificados foram o do desenvolvimento sustentável, o do bem-estar da população e o da função social da propriedade urbana.

Alexy estabeleceu em sua teoria que as regras são razões definitivas de dever-ser, cuja ponderação foi realizada pelo legislador no exercício de sua competência legiferante ordinária ou como Poder Constituinte.

Dentre as diversas possibilidades identificadas pelo legislador ao realizar a ponderação, aqueles resultados mais importantes foram escolhidos para serem normatizados na forma de regras. Esta atividade, de ponderação e de escolhas, decorrente do processo democrático de formação da vontade, deve ser respeitada e acolhida.

As regras constitucionais acima mencionadas criam obrigações ao Poder Público, o qual tem o dever de realizar o comando constitucional na exata medida exigida pelas referidas normas. O controle da atuação do Legislativo e do Executivo caberá, em última instância, ao Poder Judiciário, que também estará limitado pelas

mesmas regras, a não ser que razões mais fortes possam afastar a sua incidência, conforme ponderado por Alexy,

[...] Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objetivo da argumentação constitucional³⁵⁶.

A atuação do Poder Judiciário, no exercício desse controle, estará limitada à verificação da compatibilidade formal e material – de conteúdo – da legislação editada pela União e pelos Municípios, cuja parametricidade é o texto constitucional. Os mesmos limites condicionarão o controle de legalidade e de legitimidade das políticas públicas formuladas e executadas pelos Municípios.

Ao lado desses controles, não se pode olvidar a competência do Poder Judiciário para apreciar os casos de lesão ou ameaça a direitos, assim como as omissões do Poder Público que inviabilizem o exercício de direitos fundamentais.

Em relação aos princípios identificados nos art. 182 e 183, entende-se que eles fixam competências discricionárias³⁵⁷ aos Poderes Legislativo e Executivo, que ao conferirem densidade normativa a eles, por meio da edição das leis que permitirão a formulação e a implementação das políticas de desenvolvimento urbano sustentável, devem realizar os mandamentos de otimização na maior extensão possível, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas lhes permitirem.

³⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 141.

³⁵⁷ A discricionariedade aqui apontada é aquela compreendida por Juarez Freitas, que prevê a vinculação da autoridade pública ao ordenamento jurídico. Apesar de o autor se referir à atividade administrativa, o mesmo raciocínio vale para as atividades legislativas, já que o legislador que não possui ampla e irrestrita liberdade de conformação normativa. Conforme indicado pelo autor, “Por definição, toda conduta administrativa (vinculada ou discricionária) *apenas se legitimará se imantada pelo primado dos princípios e direitos fundamentais*. Para tanto, deverá haver, antes de tudo, o *controle de prioridades*, mais do que voltado à forma. Integrado, o controle cuidará de *sopesar custos e benefícios, diretos e indiretos*, na tomada da decisão administrativa. Sem ingenuidade, haverá de se tornar capaz de *lidar com vieses ou erros cognitivos*, na concepção, implementação e fiscalização das políticas públicas. consciente das assimetrias de informação, cobrará, de modo enérgico, *transparência ativa e passiva*”. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, p. 365.

Aos Poderes Legislativo e Executivo deve-se assegurar o exercício livre de suas atividades, permitindo que sejam feitas as escolhas mais adequadas ao cumprimento dos princípios constitucionais, segundo as escolhas feitas democraticamente.

O Poder Judiciário, por sua vez, deve exercer o controle sobre a compatibilidade das escolhas feitas pelo Legislativo e pelo Executivo frente às determinações constitucionais, infirmado aqueles que se mostrarem insuficientes, inadequados ou em colisão com a Constituição, sem substituir as escolhas feitas democraticamente por suas próprias escolhas, pois isto poderia violar o princípio democrático e a regra da Separação dos Poderes.

Concluída esta análise, pode-se apontar a existência de limites à intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas de desenvolvimento urbano, decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais, cuja atividade a ser desenvolvida no exercício do controle dos atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo variará de acordo com a norma invocada, se regra ou princípio.

3.4.2 Os limites decorrentes das normas definidoras de competências

Para Hesse a Constituição, enquanto projeto político-jurídico, não possui as pretensões de completude e de perfeição. Ela regula em pormenores inúmeras questões da ordem estatal, como também cria uma moldura normativa mínima sobre diversas outras questões, deixando amplos espaços carentes de regulação. Essa incompletude se faz necessária justamente para possibilitar a superação da multiplicidade de situações problemáticas que se modificam com o tempo.

Por outro lado, o autor destaca:

Mas também não devem ficar abertos *a construção estatal e o procedimento* no qual questões deixadas abertas pela Constituição devem ser decididas.

Por isso, a Constituição constitui órgãos aos quais, conforme a sua

peculiaridade material, são confiados âmbitos de tarefas diferentes, determinados e limitados da atividade estatal e as faculdades de poder que são necessárias ao exercício apropriado daquelas tarefas: a Constituição fundamenta *competências* e cria, com isso, na dimensão do respectivo encargo, poder estatal jurídico. Ela procura regular a composição e organização dos órgãos em uma forma que corresponda à peculiaridade de sua tarefa e, por isso, garanta o exercício apropriado de suas funções. Ela coordena as diferentes funções uma a outra e procura, dessa maneira, alcançar que essas reciprocamente sejam complementadas apropriadamente, que colaboração, responsabilidade e controle sejam assegurados e seja impedido um abuso de competências³⁵⁸.

Ao estabelecer os parâmetros a serem observados para a promoção do desenvolvimento urbano, a Constituição atribui competências tanto para a criação do marco normativo que norteará as atividades municipais ulteriores de formulação de políticas públicas específicas, quanto para a prática de atos materiais de realização dos projetos de desenvolvimento das cidades.

O processo legislativo no âmbito da União conta com a participação dos Poderes Legislativo e Executivo, conforme se observa no Título IV, Capítulo I, Seção VIII, da Constituição da República³⁵⁹.

Ao Poder Judiciário, por sua vez, cabe o controle dos atos praticados pelos demais Poderes da República, incluindo as políticas públicas, por força da garantia estabelecida no art. 5º, XXXV, do texto constitucional.

A competência do Poder Judiciário decorre do próprio Estado de Direito³⁶⁰, e no Brasil, que adotou o modelo de jurisdição una³⁶¹, não é possível

³⁵⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direitos constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20ª edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 41.

³⁵⁹ Em relação às emendas à Constituição, a participação do presidente da República se limita à deflagração do processo legislativo, sendo que a promulgação se dará por ato das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, conforme estabelecido no art. 60, II e § 3º, da Constituição. Cf. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 out. 2019.

³⁶⁰ “O espírito do Estado de Direito, a partir do Constitucionalismo contemporâneo, pode bem ser resumido na ideia, presente originalmente na Declaração de Direitos de Massachusetts de 1780, da substituição do governo dos homens pelo governo das leis; ou seja: pela substituição do sentido subjetivo da vontade dos governantes pelo sentido objetivo da vontade do Direito”. ALMEIDA,

afastar da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito. E acrescenta-se que violações ao ordenamento constitucional também devem ser objeto de controle e correção por parte do Judiciário, guardião da Constituição e responsável pela manutenção e pela harmonia do sistema jurídico.

Dessa forma, percebe-se que as normas constitucionais definidoras de competências não podem ser desconsideradas pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo e também pelo Poder Judiciário.

O relacionamento entre os Poderes da República é marcado por constantes tensões, propiciadas pela forma como foram disciplinadas as competências no texto constitucional. Isso porque a Constituição estabelece mecanismos de controle recíprocos, submetendo os atos praticados por um Poder ao crivo e à censura dos outros. Além disso, a combinação de competências típicas com competências atípicas permite que um órgão de soberania pratique atos que seriam naturalmente de competência do outro³⁶².

Em relação ao controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Legislativo e do Executivo, já se falou no tópico 3.2. Porém, não se pode deixar passar sem considerações a afirmação de Almeida e Zago:

A judicialização de políticas públicas, em certa dimensão, é consequência natural do próprio Estado de Direito, ao permitir que os órgãos constitucionalmente competentes zelem pela prevalência da vontade do Direito. Todavia, a judicialização em excesso da decisão sobre políticas públicas, que se caracteriza a partir do momento em

Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. **Direito da regulação e políticas públicas**. Organizadores Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 101.

³⁶¹ No sistema de jurisdição dupla, de origem francesa, os litígios envolvendo a Administração Pública são afastados da apreciação jurisdicional comum. Forma-se, paralelamente ao Poder Judiciário, um sistema de jurisdição administrativa, responsável por resolver o contencioso administrativo. No sistema de jurisdição una todos os litígios, inclusive aqueles que envolvem a Administração Pública, são dirimidos por juízes de direito e tribunais comuns. Cf. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 430. Para um conceito de jurisdição, consultar ainda SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.77-82.

³⁶² Entende-se que esta técnica é adequada e necessária à manutenção da independência e harmonia entre os Poderes. Além disso, esta realidade justifica a análise da regra da Separação dos Poderes não de forma abstrata, mas sim contextualizada, de acordo com as peculiaridades do sistema jurídico considerado.

que a opinião subjetiva do juiz ultrapassa o que o Direito comporta de objetividade, é a negação do Estado de Direito.

Trata-se – para invocar a mesma linguagem metafórica – do abandono do governo das leis, como retorno a uma espécie de governo dos homens: o “governo dos homens das leis”³⁶³.

Todos os órgãos estatais, incluindo os de Soberania, devem zelar pela prevalência do Direito, pela supremacia da Constituição e pelo respeito e realização dos direitos fundamentais, dentro dos limites de suas competências.

Portanto, não é possível aceitar o posicionamento dos autores. A judicialização das políticas públicas pode e deve ocorrer sempre que se vislumbre a sua insuficiência ou a sua inadequação para o atendimento das necessidades públicas. Afinal, as políticas públicas são criadas e executadas justamente para atender as necessidades da população. Logo, se elas não funcionam porque são inadequadas ou insuficientes, ou ainda porque sequer foram elaboradas ou implementadas pelos órgãos encarregados de suprir as necessidades públicas, houve descumprimento das regras constitucionais de competência, ensejando violação ao Estado Democrático de Direito, à Constituição e aos direitos fundamentais.

Nestas condições, o Poder Judiciário tem o dever constitucionalmente atribuído de resguardar os direitos carentes de realização adequada e efetiva. Esta é uma imposição constitucional e de cuja responsabilidade o Poder Judiciário não pode se desincumbir a não ser resolvendo as demandas que lhe são dirigidas.

Deve-se salientar, também, que no direito brasileiro vige o princípio dispositivo³⁶⁴, afastando de início qualquer acusação de interferência indevida do

³⁶³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. **Direito da regulação e políticas públicas**, p. 101.

³⁶⁴ “[...] Como Liebman observou, a razão fundamental que legitima o *princípio dispositivo* é a preservação da imparcialidade do juiz, pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição. Dificilmente teria o julgador condições de se manter completamente isento e imparcial se a lei lhe conferisse plenos poderes de iniciativa probatória, pois, na medida em que o magistrado abandonasse a condição de terceiro alheio ao conflito, que a função jurisdicional lhe pressupõe, para envolver-se na busca e determinação dos fatos da causa, de cuja prova a parte se haja desinteressado, certamente poderia correr o risco de comprometer a própria imparcialidade e isenção”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**, p.

Poder Judiciário em políticas públicas em geral, e nas políticas públicas de desenvolvimento urbano, especificamente.

Os legitimados a demandarem a tutela jurisdicional envolvendo políticas públicas é que provocam a atuação do Poder Judiciário, delimitando a atividade a ser desenvolvida pelo magistrado dentro do processo. Este, por sua vez, não tem a liberdade para escolher os litígios que apreciará, cabendo aqui a advertência de Bedaque:

A garantia de acesso ao Judiciário – *poder*, no entender de alguns; *direito*, para outros – está prevista em sede constitucional (CF, art. 5º, XXXV) e denomina-se ação. Vista por esse ângulo, constitui garantia de acesso ao mecanismo estatal de solução de controvérsias, denominado “processo”. É assegurada a todos a possibilidade de serem *ouvidos em juízo*, que não pode ser obstada ainda que o pedido não apresente mínimas condições de ser examinado [...]³⁶⁵.

A judicialização das políticas públicas, em si, não é um problema, pois representa o cumprimento de um compromisso assumido pelo Estado Democrático de Direito ao vedar a autotutela.

Mas este fenômeno de ocupação do espaço público de atuação legislativa é muito mais significativo do que a primeira vista pode parecer. Leciona Bercovici que a ampliação material das constituições só foi possível pela consagração do povo como o titular da soberania. Porém, “o povo é um soberano limitado, no exercício da sua soberania, pela forma e limites fixados no texto constitucional”, gerando um paradoxo, na medida em que a legitimidade das constituições repousa serenamente no seio do povo, mas ainda o teme³⁶⁶.

O autor explica que o partido político foi pensado como o instrumento que tornaria concreta a soberania popular, conduzindo-o dentro dos poderes

45.

³⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 234. O autor destaca, ainda, que apesar do reconhecimento do direito constitucional ao devido processo, nada obsta o estabelecimento de técnicas voltadas a impedir o prosseguimento de processos manifestamente inócuos. Mas, mesmo nestes casos, o Poder Judiciário decide baseado nas normas postas pelo legislador.

³⁶⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 320.

constituídos. Viabilizaria, também, a conciliação entre o poder soberano com os poderes constituídos, mantendo aquele sempre presente na política regular, o que pressuporia a fidelidade do partido político ao pacto constitucional do Estado Social.

Porém, a ampliação da Constituição Social e a crise política decorrente do afastamento do projeto de realização dos fins constitucionais, contribuíram para o protagonismo judicial. Nas palavras de Bercovici:

Com o declínio da concepção intensamente política de atuação da constituição, perdem espaço como atores privilegiados da concretização constitucional os partidos políticos e o poder legislativo. A tendência, segundo Fioravanti, será a emancipação da constituição dos pressupostos da unidade política estabelecida, seja do poder constituinte do povo, seja do Estado soberano. Esta tendência pode ocorrer pela tentativa de assegurar a função diretiva da constituição, com a ampliação do âmbito constitucional, sem qualquer preocupação com as possibilidades políticas de realização das promessas constitucionais, que, entre nós, vai tornar a dimensão do fenômeno da constituição dirigente. Ou pode se dar com a constituição democrática atenuando sua concepção de constituição política, reforçando a ideia da constituição como norma suprema. O espaço constitucional será ocupado por outro poder, que irá tomar a constituição em suas mãos e se arrogará o monopólio da concretização constitucional: surge o momento dos tribunais³⁶⁷.

A Constituição o documento político-jurídico que funda o Estado e, além das funções tradicionalmente conhecidas³⁶⁸, cria o ambiente que torna possível a convivência e a interação entre a política e o Direito³⁶⁹, inviabilizando qualquer tentativa de separá-los.

Desta forma, mesmo que o Legislativo perca espaço na concretização das promessas constitucionais, sendo substituído pelo protagonismo do Poder judiciário,

³⁶⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**, p. 322.

³⁶⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, p. 72-76.

³⁶⁹ “A Constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário – energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular – em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas à legalidade jurídica, à *rule of law*. É a Constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas [...]”. BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, jan/jun. 2012. p. 16.

não se pode questionar a legitimidade judicial para aplicar aquilo que está definido em um plano superior aos próprios Poderes do Estado.

A atuação do Judiciário não pode, e não deve, ocorrer em toda e qualquer situação em que se configure o funcionamento insuficiente dos Poderes Legislativo e Executivo. “Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão”³⁷⁰. O não funcionamento ou o funcionamento inadequado ou insuficiente dos órgãos que receberam atribuições eminentemente políticas, quando violar direitos fundamentais, atrai e legitima a atuação do Poder Judiciário, como imperativo de preservação da Constituição e dos direitos fundamentais, fruto da vontade soberana.

As distinções teóricas entre o político e o jurídico se perdem na atuação prática dos órgãos estatais e, em decorrência do imbricamento operado a partir da Constituição, parece se apagar as linhas divisórias que demarcam as competências constitucionais, exigindo cautela do Poder Judiciário ao exercer o controle sobre os demais Poderes da República.

A vontade majoritária, decorrente do princípio democrático³⁷¹, não pode se sobrepor à vontade soberana objetivada na Constituição. A atuação do Poder Judiciário na preservação e na promoção de direitos, quando autorizada pela Constituição, deve se concretizar mesmo contra a vontade de maiores eventuais.

Ao analisar o pensamento de Holmes, Halis destaca:

³⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, p. 15.

³⁷¹ “[...] a democracia deliberativa possui um momento comunicativo que é fundamental. Em seu cerne, está a idéia de ‘interação comunicativa’, a qual tem lugar quando os participantes ‘coordenam seus planos de ação’ com o objetivo de se ‘entenderem sobre algo no mundo’, em especial, sobre o que corresponde, em uma dada situação, ao ‘bem-comum’. Essa interação comunicativa só se realiza na prática se os participantes da comunicação se autocompreenderem como ‘dignos de igual respeito e consideração’ e se a comunidade política assim os trata, demonstrando deferência por todos os projetos pessoais de vida, por todas as doutrinas abrangentes razoáveis e por todas as identidades coletivas. Vale dizer: somente uma comunidade que as respeita pode, em um contexto de pluralismo, generalizar o sentimento de que há um ‘nós’, o sentimento de pertencimento a uma comunidade política, que é fundamental para a cooperação democrática.” NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 159.

Holmes via essa maior interferência dos juízes nas deliberações legislativas de forma crítica. Um argumento importante, que baliza essa condenação, contido em um voto é o de que: *“Grandes prescrições constitucionais devem ser administradas com cautela. Certa folga deve ser permitida para as juntas da máquina, e deve-se lembrar que as legislaturas são guardiãs últimas das liberdades e do bem-estar das pessoas no mesmo grau que os tribunais”*³⁷².

A folga para ajustes decorreria do fato de as pessoas terem concedido poderes suficientes aos seus representantes para realizarem o acompanhamento e os ajustes necessários de acordo com o seu tempo. Para tanto, os governos precisam realizar experimentações dentro do quadro normativo definido na Constituição³⁷³.

Conclui-se esta análise estabelecendo que as normas constitucionais definidoras das competências fixam limites à atuação do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano, estando bem demarcados por meio das regras constitucionais.

Quando, porém, as competências Legislativas e Administrativas envolvem a discricionariedade, a demarcação dos limites impostos é mais sutil e a sua identificação contará com o suporte do princípio democrático.

3.4.3 Os limites decorrentes da complexidade das políticas públicas

Os objetivos definidos para este trabalho foram alcançados, vez que a proposta inicial era investigar a existência de limites à intervenção judicial em

³⁷² HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010. p. 185.

³⁷³ Cf. HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais, p. 185. “[...] O contrário ocorreria quando a vontade de poucos juristas sobrepujasse a vontade expressa da maioria. Da mesma forma, isso poderia não contribuir para um investimento na ampliação das liberdades políticas, das oportunidades sociais e das possibilidades de participação no comércio e na produção, *que devem ser conquistadas*. Trata-se, enfim, de uma expansão das liberdades substantivas, que não pode dar-se pela simples outorga pelos magistrados, na medida de seus critérios e percepções próprias”.

políticas de desenvolvimento urbano, decorrentes da natureza jurídicas das normas constitucionais urbanísticas e das normas constitucionais definidoras de competências.

Porém, no desenvolvimento desta dissertação surgiu a necessidade de investigar a existência de limites decorrentes da natureza das atividades de formulação e execução de políticas de desenvolvimento urbano e a sua necessária articulação com outras políticas públicas.

O desenvolvimento e a implementação de políticas públicas, função a ser exercida pelos Municípios, não pode prescindir do Direito. As normas jurídicas estão presentes desde a formulação até a efetivação das políticas de desenvolvimento urbano, incluindo a sua revisão e controle³⁷⁴.

Por serem planejadas, elaboradas e executadas as políticas de desenvolvimento urbano dentro de um quadro normativo previamente estabelecido, o controle judicial pode incidir sobre elas, o que ocorre com muita frequência, segundo noticiado por Almeida e Zago³⁷⁵.

Mesmo reconhecendo a legitimidade do Poder Judiciário para controlar as políticas públicas, incluindo aquelas voltadas ao desenvolvimento urbano sustentável, deve-se assegurar os espaços públicos destinados ao debate político e o tempo necessários para que os órgãos estatais encarregados dessa função possam planeja-las, formula-las e executá-las.

Ao contrário da efetivação dos direitos fundamentais de primeira geração, quando a simples abstenção estatal já se mostra suficiente para torna-los efetivos, os direitos de segunda e de terceira gerações exigem ações estatais específicas e

³⁷⁴ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? **Direito da regulação e políticas públicas**, p. 47.

³⁷⁵ “Esse debate desenvolve-se em diferentes níveis, desde os pressupostos deste controle jurisdicional até seus efeitos mais concretos. E o debate – é sempre bom frisar – tem por objeto um dado da realidade: de fato, os juízes vêm interferindo quotidianamente nesses programas de ação governamental ao deferirem, por exemplo, pleitos sobre medicamentos ou vagas em escolas e creches quando estes são denegados pela Administração”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. **Direito da regulação e políticas públicas**, p. 92.

adequadas para torna-los fruíveis, o que demanda planejamento, tempo e recursos humanos e financeiros.

Essa circunstância demonstra a necessidade de se aguardar certo tempo para que as políticas públicas produzam os efeitos esperados, conforme destacado por Júnior. Mas não a ponto de permitir a concretização de danos a interesses e direitos:

Inicialmente, impõe-se a consignação de que a simples comprovação de lesão a direito fundamental social já importa no julgamento de procedência do pedido na ação coletiva. Entretanto, existe uma especificidade a ser considerada na análise do tempo exigível para a realização concreta do veículo de satisfação dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais. Constituindo os núcleos de irradiação programas a serem executados pelo Estado, é natural que a sua realização se projete no tempo; daí o sentido da expressão normas programáticas. As políticas públicas, portanto, lastreiam-se ordinariamente em normas de conteúdo programático, ou seja, de execução diferida no tempo³⁷⁶.

Ocorre que dois grandes problemas envolvem as políticas públicas, acarretando consequências nefastas ao enfrentamento dos problemas públicos e subvertendo o princípio democrático.

Os problemas mais significativos envolvendo as políticas públicas são, além das omissões estatais: a) a ausência de planejamento adequado, antecedendo a sua criação; e, b) a falta de articulação entre as diversas políticas desenvolvidas pelos entes federados.

Na origem desses problemas parece estar a prática política insustentável, que além de distanciar os representantes escolhidos pelo povo dos projetos políticos plasmados na Constituição, violando direitos, gera tensões entre os Poderes do Estado e conduz à crise democrática³⁷⁷.

³⁷⁶ JUNIOR, Osvaldo Canela. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 157.

³⁷⁷ “O poder democrático, exercido de forma sustentável, deriva daquela racionalidade dissipadora de manipulações (não da racionalidade irracional), ou seja, deixa de ser o fruto da dominação carismática, tradicional ou racional-legal, para usar a conhecida tipologia weberiana. Nesses moldes,

Ao formular as políticas públicas de desenvolvimento urbano, o poder público deve desenvolver diversas e complexas atividades, que envolvem a identificação do problema público, o planejamento, a identificação dos instrumentos necessários e legítimos para superar os problemas identificados, dentre outras diligências, tudo isso sendo mediado pelas normas jurídicas.

O Poder Executivo está mais bem aparelhado para o desempenho dessas atividades e, mesmo assim, equívocos são cometidos e escolhas erradas são feitas. Mas tal fato não retira a sua legitimidade para agir, porque conforme destacado por Halis, a arena político-democrática, heterogeneamente e amplamente constituída, propicia “uma competição mais intensa de pontos de vista diversificados”, elevando a qualidade dos debates e das decisões tomadas, além de os representantes estarem mais próximos de seus eleitores e sujeitos a diversidade de pressões³⁷⁸.

O Poder Judiciário, por sua vez, possui alta capacidade técnica para enfrentar as questões jurídicas, não se podendo fazer a mesma afirmação em relação às atividades de controle e de coleta de dados e de informações necessários ao planejamento adequado, à formulação e à execução das políticas de desenvolvimento urbano, tampouco para conduzir a acoplagem entre as diversas políticas públicas criadas.

Há, portanto, limites à intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano, decorrentes da natureza e da complexidade das atividades que envolvem o planejamento, a criação da referida política pública e a sua ulterior implementação, assim identificadas:

a) limites institucionais, decorrentes das normas de competência anteriormente analisadas;

b) limites objetivos, pois o Poder Judiciário não possui as condições

a democracia (sinergicamente representativa e direta, nos termos do art. 1º da CF), passa a designar, com todos os consectários, *o direito constitucional inalienável e intangível ao reconhecimento da liberdade de cada cidadão, nesse 'status', na definição intersubjetiva e intertemporal do conteúdo dos direitos e deveres fundamentais das gerações presentes e futuras, sempre que viável diretamente*”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro, p. 197.

³⁷⁸ Cf. HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais, p. 184-185.

materiais e de estrutura para avaliar toda a gama de informações e dados necessários ao planejamento da política pública;

c) limites subjetivos, pois as competências técnicas dos magistrados e serventuários da justiça não lhes permite avaliar com a mesma expertise e profundidade os dados técnicos multidisciplinares envolvidos no planejamento urbano.

Estes limites, conforme avaliado, decorrem da natureza das atividades desempenhadas pelos Poderes Legislativo e Executivo e não infirmam, deslegitimam ou afastam o controle de legalidade e de legitimidade exercido pelo Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imposição constitucional dirigida à União e aos Municípios, consistente no dever de promover o desenvolvimento urbano sustentável, encobre desafios e tensões.

Os desafios são decorrentes do Estado Democrático de Direito, que prometeu ao povo o atendimento de suas necessidades e a diminuição das desigualdades materiais, mas que, sob diversos pretextos, não cumpre os compromissos assumidos.

As tensões são as geradas pelas demandas pela efetivação de direitos e pelas relações entre os Poderes do Estado. O Legislativo e o Executivo não conseguem manter o passo alinhado com o povo, a quem representam, gerando expectativas que não se concretizam. Do outro lado está o Poder Judiciário, guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, a quem cabe tornar efetivas as promessas constitucionais não cumpridas.

O desenvolvimento urbano, qualificado pela sustentabilidade, deve ser compreendido como direito fundamental, diante da sua fundamentalidade na promoção de diversos outros direitos da mesma natureza, como a dignidade humana, os direitos à vida, à saúde, à cultura, ao emprego, à moradia, além de um amplo plexo de posições jurídicas que conduzem ao desenvolvimento do homem em sua plenitude.

É nas cidades que a vida moderna acontece, evolui, estabelece novas conexões e promove o desenvolvimento humano e social. Ciente disso, o constituinte impôs à União o dever de estabelecer normas gerais de direito urbanístico, buscando a promoção do desenvolvimento urbano de forma sustentável, garantindo o bem-estar do povo.

Sem descurar da importância dos Municípios no federalismo brasileiro, a Constituição reservou a eles a importante missão de projetar e executar as políticas

públicas de desenvolvimento urbano, observando as diretrizes gerais fixadas pela União, que cumpriu a determinação constitucional editando a Lei federal nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade.

Tudo isso ocorre sob o olhar atento do Poder Judiciário, chamado para decidir sobre as omissões do Poder Público ou sobre os seus atos que exorbitam os limites de sua competência, violando direitos ou desrespeitando determinações constitucionais.

No Estado Democrático de Direito as ações dos Poderes Legislativo e Executivo, voltadas à promoção de direitos coletivos e difusos, só são legitimadas em virtude da sua previsão legal, assumindo o Poder Judiciário o protagonismo na promoção de direitos, diante das omissões reiteradas e da ineficiência legislativa e administrativa.

A presente pesquisa teve por objetivo geral contribuir para o debate jurídico sobre os limites à intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano.

Visando alcançar esse intento, foram estabelecidos três objetivos investigatórios específicos, a saber: a) fixar a natureza jurídica das normas constitucionais urbanísticas, como condição à identificação dos limites iminentes à intervenção do Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano; b) investigar os critérios adotados pela Constituição para distribuir as competências entre seus órgãos de soberania, bem como os atos praticados na formulação e execução de políticas públicas; e, c) identificar possíveis limites à atuação do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano, decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais definidoras de competências, traçando o âmbito de atuação legítima dos Poderes.

O atingimento dos objetivos investigatórios específicos estabelecidos deveria conduzir a resposta para o problema formulado qual seja, se existem limites explícito ou implícitos à intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano.

A pesquisa foi desenvolvida em três momentos específicos, que integram capítulos independentes e por meio dos quais foram sendo construídas as bases teóricas para testar as hipóteses formuladas. A primeira hipótese indica a existência de limites explícitos e implícitos decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais e das normas definidoras de competências.

A segunda hipótese pressupõe a competência do Poder Judiciário para decidir todo e qualquer caso em que se discuta a violação de direitos fundamentais, mas sem que haja limites a sua atuação, impostos pela Constituição.

No primeiro capítulo foram analisadas as teorias de Miranda, Canotilho, Dworkin e Alexy sobre a tipologia das normas constitucionais, buscando identificar critérios que auxiliassem na definição da natureza jurídica das normas constitucionais urbanísticas.

Apesar da importância das teorias de Miranda e de Canotilho, sendo que a deste último autor influenciou e influencia diversos autores brasileiros, não foi possível localizar nelas qualquer critério de identificação da natureza jurídica das normas constitucionais, apesar de ambos reconhecerem que as normas jurídicas ou são regras ou são princípios jurídicos.

A teoria de Dworkin, que inclusive inspirou Alexy, também pressupõe a existência de regras e de princípios jurídicos. Todavia, para Dworkin os princípios jurídicos exercem função argumentativa, sendo invocados para auxiliar na resolução dos casos difíceis. Portanto, em Dworkin os princípios exercem função argumentativa, de fundamentação das decisões que no sistema filiado ao *Common Law* conduzem a criação judicial de regras jurídicas.

A teoria de Alexy, por sua vez, reconhece normatividade aos princípios jurídicos, tanto quanto às regras. A diferença entre as espécies normativas residiria no fato de que as regras jurídicas expressam razões definitivas, enquanto os princípios veiculam deveres de otimização, que para serem realizados dependem das possibilidades fáticas e jurídicas.

Para os fins propostos nesta pesquisa, a teoria de Alexy se mostra mais

adequada, porquanto é possível deduzir pretensões e fundamentar decisões diretamente nos princípios constitucionais, face à força normativa atribuída a eles, a exemplo do que já ocorria em relação às regras. Ademais, a teoria alexyana fornece critério que possibilita identificar as espécies normativas. Por estes motivos, tal teoria foi utilizada como base para a definição da natureza jurídica das normas constitucionais urbanísticas.

O primeiro objetivo investigativo proposto foi alcançado, pois ao se analisar os art. 182 e 183 da Constituição da República, com base na teoria alexyana, pode-se identificar a existência de regras e de princípios que estabelecem objetivos a serem alcançados pelas políticas públicas de desenvolvimento urbano, delimitam o âmbito de atuação do Legislativo e do Executivo, e criam direitos subjetivos.

O segundo objetivo investigativo também foi alcançado. No segundo capítulo foram investigadas as normas constitucionais atributivas de competências normativas e administrativas em matéria urbanística, quando foram evidenciados os critérios empregados pela Constituição e as funções atribuídas à União e aos Municípios nesse âmbito.

As políticas públicas de desenvolvimento urbano são estruturadas a partir da realização de diversas atividades de natureza técnica, que exigem conhecimentos multidisciplinares e o acoplamento entre elas e as demais políticas públicas. Somente planejadas e executadas de forma imbricada e contando com a articulação dos órgãos administrativos, encarregados de formulá-las e implementá-las, é que se poderá enfrentar satisfatoriamente os complexos problemas públicos.

Apesar desta constatação, a pesquisa demonstrou que a prática está muito longe disso. Ações públicas mal planejadas, embates entre os órgãos da Administração Pública, que formulam políticas setoriais que não se comunicam, omissões e interesses privados se sobrepondo aos interesses públicos: esta é a tônica das ações estatais de enfrentamento dos problemas urbanos.

As demandas sociais pela efetivação dos direitos constitucionais

encontram no Poder Judiciário o seu mais forte aliado. Guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, as deficiências legislativas e as insuficiências institucionais também o fazem vítima das omissões e negligências dos Poderes Legislativo e Executivo.

Mas isso não impede o Poder Judiciário de chegar aos limites da realização das promessas constitucionais, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas com que se depara, sendo acusado de voluntarismo jurídico.

No direito constitucional brasileiro há unanimidade no reconhecimento de normas principiológica, reconhecidas por uns como fundamentos do sistema jurídico; por outros como valores objetivados. Mas isso não impede os adeptos do ativismo judicial de interpretar o sistema como se fosse formado apenas por regras jurídicas, sonhando ao Poder Judiciário a sua função criativa do Direito baseado em princípios.

O terceiro objetivo investigatório específico foi devidamente alcançado no terceiro capítulo desta pesquisa quando, com fundamento das bases teóricas lançadas anteriormente, foi possível identificar três espécies de limites à intervenção do Poder judiciário em políticas de desenvolvimento urbano.

A primeira espécie de limite é de natureza teórico-normativa. As regras e os princípios, na teoria de Alexy, são aplicados de forma distinta. As regras são razões definitivas para agir, cuja atividade de ponderação foi realizada pelo legislador, constituinte ou ordinário, antes da elaboração legal.

Ao concluir o processo de ponderação e diante das possibilidades apresentadas, o legislador escolheu aquela que, ao seu juízo, melhor atenderia os interesses públicos, regulando-a na forma de regra. Produto da vontade democrática consolidada na forma de regra jurídica, o legislador limita as ações dos Poderes do Estado, que se veem na contingência de cumprir o comando contido na regra na exata medida exigida por ela.

A sindicância das políticas públicas pelo Poder Judiciário com base em regras constitucionais, portanto, limita as suas ações, permitindo o exercício do

controle de legalidade e de legitimidade constitucional. O espaço de criação normativa por atividade judicial fica, pois limitada ao comando normativo estabelecido na forma de regra.

Por outro lado, extrai-se da teoria de Alexy que os princípios veiculam mandamentos de otimização, que exigem que algo seja realizado na maior extensão possível, atendidas as condições fáticas e jurídicas. Nesse sentido, o exercício de atividades fundadas em princípios viabiliza o exercício de controle mais elástico por parte do Poder Judiciário, que dispõe de espaços para atuação criativa do Direito, na linha do pensamento de Barak.

Apesar de os limites da intervenção judicial se alargarem neste último caso, ainda assim eles continuam existindo e constringendo a atuação do Poder Judiciário, sem que isso represente ativismo judicial ou atuação violadora do texto constitucional.

A análise do ativismo judicial no Brasil parte de pressupostos equivocados, que acarretam a simplificação da análise e da discussão do fenômeno jurídico baseado em constituição de viés social. Apesar de se distinguir as atividades judiciais em países filiados ao *Common Law* e ao *Civil Law*, importante por evidenciar que ao contrário deste sistema naquele a decisão judicial pode criar normas jurídicas, não existe a mesma preocupação em relação à necessária distinção entre as espécies normativas que fundamentam as decisões no *Civil Law*.

A distinção entre as espécies normativas não ocorre *a priori*, sendo antes o resultado da atividade hermenêutica. Dessa forma, ocorre uma redução da complexidade do fenômeno jurídico ao se pretender identificar a atividade judicial como ativista apenas por considerar que a decisão não se amolda perfeitamente aos limites semânticos dos enunciados normativos.

As formulações teórico-jurídicas mais modernas, que reconhecem normatividade aos princípios, acabam se perdendo em discussões sobre a atividade judicial à moda da subsunção, retirando do magistrado a competência criadora do direito ao resolver casos difíceis, conforme denunciado por Barak.

O reconhecimento da atividade criadora do Direito pelo juiz, todavia, não significa defender que a atividade judicial se desenvolve sem limites. Além dos limites acima expostos, decorrentes da natureza jurídicas das normas constitucionais, há limites de outra natureza.

As normas constitucionais atributivas de competências possuem a natureza jurídica de regra e, nesse sentido, conforme afirmado por Alexy, devem ser cumpridas na exata medida de suas exigências.

Os resultados da pesquisa infirmaram a segunda hipótese e confirmaram a primeira, segundo a qual há limites à intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano, decorrentes da natureza jurídica das normas constitucionais e das normas atributivas de competências.

Foi possível identificar outra limitação à intervenção do Poder Judiciário em políticas de desenvolvimento urbano que não havia sido considerada no início da pesquisa: limites decorrentes da complexidade das políticas públicas e da natureza das atividades desenvolvidas.

Nesse sentido, os limites aqui identificados são os institucionais, os quais guardam estreitas relações com as normas de competências já analisadas anteriormente; os limites objetivos, que dizem respeito à falta de condições materiais e de estrutura para avaliar e compilar as informações e dados necessários para planejar e executar as políticas públicas; e os limites subjetivos, pois as competências técnicas dos magistrados e dos serventuários da justiça não lhes permite avaliar com a mesma expertise e profundidade os dados técnicos multidisciplinares envolvidos no planejamento urbano.

Finalmente, a pesquisa apontou a necessidade de realizar estudos voltados à avaliação da pertinência em se criar varas especializadas em políticas públicas, aparelhando o Poder Judiciário e preparando magistrados e equipe técnica para exercer efetivo controle sobre elas.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Lourdes Pasa. Princípios e regras: diferença em debate. **Revista Opinião Filosófica**. Porto Alegre, v. 05, nº 01, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. **Direito da regulação e políticas públicas**. Organizadores Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos *a posteriori*. **Revista de Investigações Constitucionais**. vol. 5, n. 1, p. 128-150. jan/abr. 2018.

ARCHANJO, Daniela Resende. O princípio da proporcionalidade na solução de colisões de direitos fundamentais. **Espaço jurídico**. Joaçaba, v. 9, nº 2, jul/dez 2008.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escola Editora, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARAK, Aharon. El rol de la Corte Suprema em una democracia. **IUS ET VERITAS**. vol. 13, n. 26, p. 108-114. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil**

contemporâneo. **RFD Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, jan/jun. 2012.

BAUMAN, Zygmund; BORDINI, Carlos. **Estado de crise**. Trad. Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. De Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BIELSCHOWSKY, Raoni. O poder judiciário na doutrina da separação dos poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 49, nº 195, jul/set 2012.

BIRKNER, Walter Marcos Knaesel. Desenvolvimento regional e descentralização político-administrativa: um estudo comparativo dos casos de Minas Gerais, Ceará e Santa Catarina. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, v. 16, nº 30, p. 297-311. jun. 2008

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. São Paulo: Editora UNB – Imprensa Oficial, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014.

BODNAR, Zenildo. Direito à cidade: por uma epistemologia interdisciplinar emancipatória. **Direito, desenvolvimento urbano e meio ambiente**. Coordenadores Paulo de Tarso Brandão, Davi do Espírito Santos; organizadores Maria Cláudia Silva Antunes de Souza, Gilson Jacobsen. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2016.

BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Juizados Especiais e ativismo judicial à luz de Luiz Alberto Warat. **Sequência**. n. 64, jul. 2012.

BOECKEL, Fabrício Dani de. Reflexões sobre a aplicabilidade da doutrina das questões políticas à realidade brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. n. 25, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Jurisdição negada: um lamentável exemplo. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Organização Fabiana Marion Spengler e Paulo de Tarso Brandão. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em 07 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. **Portal da Legislação**. Brasília, jul. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10257.htm>. Acesso em 07 de out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Petição n. 1738/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Plenário. Brasília, 01 de outubro de 1999. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1763941>>. Acesso em 07 de out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Plenário. Brasília, 20 de agosto de 2008. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2358461>>. Acesso em 07 de out. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millenium Editora, 2006.

CALDAS, Maria Fernandes. O federalismo brasileiro e suas implicações na política urbana: notas a partir do caso do Programa de Aceleração do Crescimento. **Revista Política e Planejamento Regional**. Rio de Janeiro, v. 3, nº 1, p. 53-74, jan/jun, 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. I, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 2. reimpr. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005.

_____. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2016.

CARVALHO, Édson. A desapropriação de bens públicos pelos municípios e o desenvolvimento urbano. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, v. 4, n. 2, p. 101-116. jul/dez. 2018.

CATTANI, Antonio David; FERRARINI, Adriane Vieira. Participação, desenvolvimento local e política pública: estratégias articuladas para a superação da pobreza. **Revista Katál**. Florianópolis, v. 13, nº 2, p. 164-172. jul/dez. 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. do livro Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

CYMBALISTA, Renato; SANTORO, Paula Freire. **Estatuto da Cidade**. Org. Nelson Saule Júnior e Raquel Rolnik. 2001.

DENALDI, Rosana; BRAJATO, Dânia; SOUZA, Claudia Virgínia Cabral de [et al]. A aplicação do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (PEUC). **Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management)**, p. 172-186. mai/ago. 2017.

DIAS, Cibele Fernandes. Repartição de competências legislativas e administrativas. **Direito constitucional brasileiro: Organização do Estado e dos poderes**. vol. II. Coord. Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Estado (RSCHTD)**, 3 (i), jan-jun 2011.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. rev., apl. e atual. até 31.12.2012. São Paulo: Atlas, 2013

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

FONSECA, Juliana Pondé. Acesso à justiça. **Direito constitucional brasileiro: organização do Estado e dos Poderes**. vol. II. Coordenação Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2014.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed., rev., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GISI, Mário José. Constituição, desenvolvimento e sustentabilidade. **Direito constitucional brasileiro: constituições econômica e social**. vol. III. Coordenadores Clèmerson Merlin Clève e Ana Lucia Pretto Pereira. São Paulo: RT, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direitos das coisas**. vol. 5. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**. n. 17, p. 75-106, nov. 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes? O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais**. Curitiba: Juruá, 2010.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – uma breve história da humanidade**. Trad. Janaína Marcoantonio. 19. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.

HESSE, Konrad. **Elementos de direitos constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20ª edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Trad. Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JUNIOR, Osvaldo Canela. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito**

contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós 88. **Novos estudos**. CEBRAP, n. 96, jul. 2013.

LANZILLO, Anderson Souza da Silva; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Apontamentos sobre função social dos princípios. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**. Natal, v. 4, n. 2, jul/dez. 2013.

LEAL, Augusto Antônio Fontanive. **Jurisdição ambiental**: contrato social, direito fundamental ao meio ambiente e efetividade processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEITE, Carlos; AWAD, Juliana di Cesare. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes**: desenvolvimento sustentável num planeta urbano. Porto Alegre: Bookman, 2012.

LEITE, Cristiane Kerches da Silva; FONSECA, Francisco. Federalismo e políticas sociais no Brasil: impasses da descentralização pós-1988. **Revista Organizações & Sociedade**, Salvador, v. 18. n. 56, p. 99-117, jan-mar. 2011.

LORENZETTO, Bruno Meneses; KOZICKI, Katya. O Poder Constituinte e a justiça de transição no Brasil. **Direito constitucional brasileiro**: organização do Estado e dos poderes. vol. II, coordenador Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. **O Estado e suas crises**. Org. José Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013.

LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales**. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5. n. 2. mai/ago. 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Diretrizes Gerais. **Estatuto da Cidade**: Lei 10.257, de 10.07.2001. Coord.

Odete Medauar e Fernando Dias Menezes de Almeida. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 10. ed. atual. por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed., rev. e atual. até a EC 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Davidson Jahn. Políticas públicas: um panorama atual. **Revista eletrônica Direito e Políticas**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas da UNIVALI, Itajaí, v. 4, nº 1, p. 61-105, primeiro quadrimestre de 2009.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito ambiental**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência e glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. tomo II. 6. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MÜNCH, Marcela. **Direitos humanos e a colonização do urbano**: Vila Autódromo na disputa. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NASCIMENTO, Elaine Cristina Maia; SANTOS, Rodrigo Gonçalves dos. Urbgrafias ou cartografias da produção de um devir cidade. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo**. FAUUSP. São Paulo, v. 24, nº 43. p. 126-143, 2017.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO, João Mendes da Rocha; ALVES, Adriana Melo. Disjunções legais e institucionais da política metropolitana e da política nacional de desenvolvimento regional. **Eure**, vol. 42, n. 127, p. 87-109. set/2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Celso Maran de; LOPES, Dulce; SOUZA, Isabel Cristina Nunes de.

Direito à participação nas políticas urbanísticas: avanços após 15 anos de estatuto da cidade. **Revista brasileira de Gestão Urbana**, p. 322-334. mai/ago. 2018.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao estatuto da cidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Efetivação dos direitos fundamentais sociais pela jurisdição constitucional. **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. vol. I. Coordenação Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13 ed. rev. aumente. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

ROMÃO, Luiz Fernando de França. A politização do Poder Judiciário e as causas do ativismo judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**. Itajaí, vol. 12, n. 1, primeiro quadrimestre de 2017. p. 114-121.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. trad. Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 1ª reimpressão, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. tir. São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SCHÄEFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2005.

SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?**: momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas**: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Diogo Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas Civil Law e Common Law. **Revista de Direito da Faculdade de Guanambi**. v. 4, n.1, jan/jun 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed., 3. triag., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional n. 62. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Marcos Vinicius Viana da; SILVA, José Everton. O Estatuto da Cidade, uma necessidade social e ambiental no sistema democrático. **Revista Eletrônica de Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas da UNIVALI, Itajaí, v. 10, nº 1, p. 197-2019. edição especial de 2015.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1**, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO. Direito e políticas públicas: dois mundos? **Direito da regulação e políticas públicas**. Org. Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014.

TEODOROVICZ, Jeferson. A problemática da tipologia de princípios e regras no ordenamento jurídico positivo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. vol. 1, n. 1, jan/jn. 2007.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ORTOLAN, Marcelo. Análise comparativa dos modelos de repartição de competências legislativas nos estados federados. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 51. p. 73-100. 2010.

VIEIRA, Maria das Graças; SILVA, Cédric Cunha Gomes da. Plano diretor como instrumento de planejamento participativo: um estudo na Cidade de Caruaru/PE. **Gestão e Sociedade**. Belo Horizonte, vol. 5, nº 11. p. 176-191. maio/agos. 2011.

WU, Xun; RAMESCH, M.; HOWLETT, Michael [*et al*]. **Guia de políticas públicas**: gerenciando processos. Trad. Ricardo Avelar de Souza. Brasília: Enap, 2014.